

PROCESSO Nº 1370442016-6

ACÓRDÃO Nº 0090/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. DECADÊNCIA NÃO EVIDENCIADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. VENDAS DE CARTÕES TELEFÔNICOS PRÉ-PAGOS. TERMINAIS TELEFÔNICOS DE USO PÚBLICO (TUP). AUSÊNCIA DE PROVAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Nulidade por vício formal não configurada, por estarem presentes, no lançamento de ofício, os requisitos previstos na legislação de regência.*

- *O termo inicial da contagem do prazo decadencial, no caso de lançamento declarado nulo, por vício formal, é a data da decisão que declarar a nulidade, com fundamento na regra do art. 173, II, do CTN, como no caso dos autos.*

- *É devido o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação, remunerado mediante cartões telefônicos indutivos de telefonia fixa para uso em terminais telefônicos de uso público (TUP), à unidade federativa onde estiverem localizados os usuários tomadores dos serviços de comunicação. “In casu”, a falta de provas materiais de que o total ou parte dos referidos cartões se destinaram aos usuários de serviço de comunicação do Estado da Paraíba, sucumbiu o crédito tributário por sua incerteza e iliquidez.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e reformar, de ofício, a sentença monocrática, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001662/2016-00, lavrado em 20/9/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em
22 de fevereiro de 2022.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), ADERALDO GONÇALVES
DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LEONARDO DO
EGITO PESSOA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LARISSA
MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 1370442016-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente : TELEMAR NORTE LESTE S/A.

Recorrida : GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. DECADÊNCIA NÃO EVIDENCIADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. VENDAS DE CARTÕES TELEFÔNICOS PRÉ-PAGOS. TERMINAIS TELEFÔNICOS DE USO PÚBLICO (TUP). AUSÊNCIA DE PROVAS. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Nulidade por vício formal não configurada, por estarem presentes, no lançamento de ofício, os requisitos previstos na legislação de regência.*

- *O termo inicial da contagem do prazo decadencial, no caso de lançamento declarado nulo, por vício formal, é a data da decisão que declarar a nulidade, com fundamento na regra do art. 173, II, do CTN, como no caso dos autos.*

- *É devido o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação, remunerado mediante cartões telefônicos indutivos de telefonia fixa para uso em terminais telefônicos de uso público (TUP), à unidade federativa onde estiverem localizados os usuários tomadores dos serviços de comunicação. “In casu”, a falta de provas materiais de que o total ou parte dos referidos cartões se destinaram aos usuários de serviço de comunicação do Estado da Paraíba, sucumbiu o crédito tributário por sua incerteza e iliquidez.*

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso voluntário*, interposto nos termos do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001662/2016-00, lavrado em 20/9/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, relativo a fato gerador ocorrido em outubro de 2010, em que consta a seguinte denúncia:

0286 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, ICMS NA QUANTIA DE R\$ 296.352,00 (DUZENTOS E NOVENTA E SEIS MIL TREZENTOS E CINQUENTA E DOIS REAIS), POR HAVER PRESTADO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO, REMUNERADO MEDIANTE VENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS PRÉ-PAGOS PARA UTILIZAÇÃO EM TERMINAIS TELEFÔNICOS DE USO PÚBLICO (TUP) (ORELHÕES), OS QUAIS FORAM FORNECIDOS A USUÁRIOS (PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS) NESTE ESTADO, PELO SEU DISTRIBUIDOR (REDEFONE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA., CCICMS 16.154.391-0) QUE OS ADQUIRIU DA EMPRESA (DPT DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS), EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DO GRUPO TELEMAR, LOCALIZADA NO ESTADO DE ALAGOAS, A AUTUAÇÃO FISCAL CUMPRE AS DETERMINAÇÕES EMANADAS DO ACÓRDÃO Nº 407/2015 CRF-PB E DO ACÓRDÃO Nº 400/2015¹ CRF-PB, PARA ELABORAÇÃO DE NOVO FEITO FISCAL REFERENTE AOS PROCESSOS Nº 110.914.2010-6 E 110.918.2010-4 RESPECTIVAMENTE, TUDO EM CONFORMIDADE COM O DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES COM CARTÕES INDUTIVOS ANEXO 01 E DE CÓPIA DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA DOS REFERIDOS CARTÕES, PARA FORNECIMENTO A EMPRESA REDEFONE, LOCALIZADA NESTE ESTADO. ACRESCENTESE AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS OS ARTIGOS 106, III, C, C/C 2º, III, 3º, VII, § 1º, 13, VI, 14, III E 39, II 3, VII E 106, III, C, TODOS DO REGULAMENTO DO ICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/1997.

Foi dado como infringido o art. 106, além dos dispositivos normativos indicados acima, em Nota Explicativa, todos do RICMS/PB, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 770.515,20, sendo R\$ 296.352,00, de ICMS, R\$ 296.352,00 de multa por infração, e R\$177.811,20 de multa por reincidência.

Instruem o Processo: planilha fiscal, provas documentais, Acórdãos nºs 400/2015 e 407/2015, que determinou novo feito fiscal em decorrência de nulidade por vício formal do Auto de Infração anterior sobre o mesmo fato gerador, fls. 5 a 39.

Cientificada da autuação de forma pessoal em 22/9/2016, o contribuinte, por meio de seus advogados, apresentou Reclamação tempestiva, protocolada em 24/10/2016 (fls. 42 a 57), que, discordando da autuação, requer a insubsistência da acusação, trazendo, em breve síntese, os seguintes argumentos:

- Preliminarmente, que não foi realizada a adequada fundamentação legal do lançamento;
- Que o crédito tributário foi alcançado pelo instituto da decadência;
- No mérito, que a empresa REDEFONE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA e DPT DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS não possuem qualquer relação com o Grupo Oi, tratando-se apenas de prestadores de serviço terceirizados;

¹ Número do Acórdão corrigido por meio de um Termo de Retificação à fl. 4 dos autos.

- Que o responsável pelo recolhimento do imposto é a sede ou filial da concessionária que emite e fornece os cartões telefônicos;
- Que é necessário juntada de documentação suplementar para averiguação dos valores que podem ser considerados devidos;
- Que a multa apresenta caráter confiscatório.

Com informação de antecedentes fiscais (fls. 152 a 156), os autos foram conclusos (fl. 91), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela procedência da ação fiscal (fls. 184 a 194), de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

ICMS TELECOMUNICAÇÕES – CARTÕES TELEFÔNICOS PRÉ-PAGOS PARA UTILIZAÇÃO EM TERMINAIS TELEFÔNICOS DE USO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DO LOCAL DO FORNECIMENTO – DENÚNCIA CONFIGURADA.

O ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações ofertados por meio de ficha, cartão ou assemelhados é cabível à unidade federada onde se der o fornecimento, nos termos do § 1º do art. 12 da Lei Complementar 87/96, Convênio ICMS 55/05 e legislação de regência do ICMS do Estado da Paraíba.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância, por meio de DTe em 7/11/2019, (fl. 197), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 9/12/2019 (fls. 199 a 214), trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- Em preliminar, requer nulidade da autuação motivada pela falta de fundamentação válida, pois esta não teria sido observada pela fiscalização, pois se limitou a incluir um dispositivo do RICMS/PB que dispõe todas as obrigações inerentes ao ICMS, havendo um grave vício, devendo ser a nulidade reconhecida, com fundamento nos artigos 15 a 17 da Lei nº 10.094/13;
- que o débito ora discutido já estaria alcançado pelo fenômeno da decadência tributária, pois os fatos jurídicos teriam ocorridos há mais de cinco anos antes do lançamento aperfeiçoado pela intimação do sujeito passivo;
- que não caberia a aplicação do art. 173, II, do CTN, pois os Acórdãos que teriam anulado as autuações anteriores teriam sido por vício material, e não formal;
- no mérito, alega que os cartões pré-pagos vendidos, para utilização em terminais telefônicos de uso público, foram distribuídos pela REDEFONE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., após suas aquisições oriundas da empresa DPT DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS, e que nenhuma delas pertencem ao Grupo Oi, e sim prestadores de serviços terceirizados;
- Demonstra como se opera a logística no fornecimento de cartões indutivos evidenciando que o fisco interpreta de forma equivocada e contrária à legislação específica da matéria prevista no art. 2º, III, LC nº 87/96, ao dispor sobre a sistemática de recolhimento do ICMS;

- que a comunicação sobre as vendas de cartões indutivos aos usuários finais denota que a competência para a cobrança do ICMS é do Estado em que se situa o estabelecimento da operadora que forneceu o cartão, no momento da saída dos mesmos;
- que este entendimento era acompanhado por decisões judiciais dos tribunais superiores, citando exemplos;
- que resta impossível para o Fisco delimitar o local da efetiva prestação do serviço de telecomunicação, e que não foi por outra razão que restou fixada a sede do estabelecimento da concessionária, ou suas filiais, que fornecem os cartões, afastando o critério da efetiva prestação;
- O fornecimento dos cartões foi efetuado pela filial localizada no Estado de Alagoas, não havendo participação de qualquer filial da Recorrente na Paraíba;
- que o imposto foi devidamente recolhido ao Estado que lhe é efetivamente devido;
- ao final, requer a reforma integral da decisão recorrida, reconhecendo a insubsistência da autuação, sua nulidade, ou sua extinção pela decadência tributária, pelas razões expostas;
- requer, subsidiariamente, a improcedência da autuação, tendo em vista a ilegitimidade do Estado da Paraíba para cobrança do ICMS-Comunicação sobre a venda de cartões telefônicos, sendo certo de que a filial envolvida está localizada no Estado de Alagoas, sendo apenas para este devido o imposto.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001662/2016-00, lavrado em 20/9/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., devidamente qualificada nos autos.

De início, cabe-nos reconhecer a tempestividade do recurso voluntário, haja vista que a ciência da decisão de primeira instância se deu no dia 7/11/2019 e o recurso protocolado no dia 9/12/2019, portanto dentro do prazo 30 dias corridos, delimitado pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Da Preliminar de nulidade

Em preliminar, analisaremos a arguição de nulidade posta pela recorrente, que alegou falta de fundamentação legal, com indicação de um único dispositivo genérico, havendo violação ao art. 142 do CTN, e art. 14, III, da Lei nº 10.094/13.

Examinando a peça acusatória, verifica-se que nela se encontram delineados os requisitos previstos no art. 41 da Lei nº 10.094/2013.

Com efeito, conforme consta de forma cristalina na exordial, o contribuinte foi acusado de falta de recolhimento do ICMS pela prestação de serviços de telecomunicação, cuja descrição do fato infringente está complementada e especificada na Nota Explicativa, em que acrescenta os art. 106, III, “c”, c/c arts. 2º, III, 3º, VII, § 1º, 13, VI, 14, III e 39, II, 3º, VII, todos do RICMS-PB. Vejamos:

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se á:

(...)

III - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) empresas prestadoras de serviços de comunicação;

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;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, observado o disposto nos §§ 4º e 5º (Convênio ICMS 10/98);

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao adquirente.

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

VI - 28% (vinte e oito por cento), nas prestações de serviços de comunicação;

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

Art. 39. Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto:

(...)

II - o representante, mandatário ou gestor de negócio, em relação à operação realizada por seu intermédio;

Tais dispositivos complementam e especificam o fundamento legal dispostos no campo das infrações cometidas da peça vestibular, questionado pela recorrente, que são os infringidos, consoante a denúncia ora em análise.

Como se observa, a fundamentação da infração, ao contrário do que diz a recorrente, foi feita de forma clara, nela podendo se identificar todos os requisitos contidos na definição expressa no art. 142 do CTN, tampouco se consubstancia a falta de elementos suficientes para a determinação da natureza da infração, que se encontra perfeitamente esclarecida na exordial, não havendo, portanto, fundamento para a decretação de nulidade da peça acusatória, sob o prisma do art. 14, III, da Lei nº 10.094/13.

Assim, em detrimento ao posicionamento da recorrente, a inicial traz devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, nos termos dos artigos 15 a 17, da Lei nº 10.094. Vejamos:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei nº 19.094/13

Art. 14. São nulos:

(...)

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação;

(...)

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Ademais, importa ressaltar que para decretação da nulidade por vício formal, deve ser constatado um real e notório prejuízo à defesa da recorrente, o que não ocorreu, no caso dos autos, onde a autuada demonstrou plena desenvoltura na sua defesa e ampla

compreensão da infração cometida, não havendo, assim, que se cogitar da anulação do lançamento fiscal. Rejeito, portanto, o pedido de nulidade da peça acusatória, requerido em preliminar.

Da Decadência Tributária

Alega a recorrente, que o crédito tributário constituído já estaria alcançado pela decadência tributária, pois os fatos jurídicos teriam ocorridos a mais de cinco anos antes da ciência do Auto de Infração pelo sujeito passivo, e ainda, que não caberia a aplicação do art. 173, II, do CTN, pois os fundamentos dos Acórdãos que anularam às autuações anteriores, motivação da presente demanda, teriam sido por vício material, e não formal.

Pois bem. Consta nos autos que a presente demanda é referente a um novo feito fiscal, decorrente do cumprimento das determinações contidas nos Acórdãos n^{os} 407/2015 e 400/2015, cujas decisões foram pela nulidade da peça acusatória por vício formal. Consoante o art. 173, II, do CTN², o prazo decadencial é de cinco anos contados da decisão definitiva que tiver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Tendo as decisões definitivas dos citados acórdãos notificado ao contribuinte em agosto de 2015, não há o que se falar em extinção do crédito tributário lançado, pelo alcance da decadência tributária, já que o novo feito fiscal foi realizado no ano seguinte, com ciência do sujeito passivo em 22/9/2016 (fl. 3).

Quanto ao argumento de que o vício que motivou a nulidade inerente aos aludidos acórdãos teria sido material e não formal, não procede, pois, como bem explanou o julgador monocrático, a Lei n^o 10.094/13 trata expressamente sobre a matéria, em seus artigos 16 e 17, em que estabelece que erro na identificação do sujeito passivo e da natureza da infração deve ser tratada como vício de forma, conforme os incisos I e II do artigo 17, supracitado.

Assim, na hipótese dos autos, a renovação da ação fiscal, no prazo estipulado no inciso II, art. 173 do CTN, é legítima, inoperando, portanto, a decadência do direito de a Fazenda Pública refazer o feito fiscal.

Do Mérito

A presente demanda se trata da acusação de falta de recolhimento de ICMS sobre as prestações onerosas de serviços de telecomunicação detectadas através das Notas Fiscais eletrônicas n^{os} 824, 825, 826 e 895, no mês de outubro de 2010, relativas à remessa de cartões telefônicos (cartões indutivos) pré-pagos à empresa REDEFONE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (CCICMS n^o 16.154.391-0) para uso em terminais telefônicos de uso público (TUP) (chamados “ORELHÕES”), provenientes da DPT DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS, situada em Maceió – AL (CNPJ 10.967.450/0002-92).

² Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.
Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

É de bom alvitre tecermos algumas considerações sobre a incidência do ICMS nas prestações de serviços de comunicação nas vendas dos aludidos cartões telefônicos. Esta se encontra disposta em nossa legislação estadual, no art. 3º, III, da Lei nº 6.379/96, cujo texto foi reproduzido no art. 2º, III, RICMS/PB, a saber:

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; (g.n)

No que diz respeito à ocorrência do fato imponible contido na presente lide, a legislação tributária estabelece que o fato gerador do ICMS recai nas prestações de serviço de comunicação por qualquer meio, inclusive por ocasião do fornecimento ao usuário de fichas, cartões ou assemelhados que prestam tal serviço. É o que dispõe o art. 12, VII, § 1º, da Lei Complementar nº 87/1996:

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

A recorrente se defende da acusação, em suma, sob o argumento de que a competência para a cobrança do ICMS, no caso em pauta, seria do Estado em que se situa o estabelecimento da operadora que forneceu os cartões, no momento de suas saídas, e que fornecimento dos cartões foi efetuado pela filial localizada no Estado de Alagoas, não havendo participação de qualquer filial da recorrente na Paraíba.

Ora, diante do entendimento esboçado pela recorrente, cabe a identificação do critério espacial e temporal da ocorrência do fato gerador, para o deslinde da questão.

É de bom alvitre esclarecer que as notas fiscais acima relacionadas não são referentes à prestação de serviço de comunicação, e sim das vendas dos cartões para a REDEFONE, empresa terceirizada, cujo objeto, entre outros, é a prestação de serviços especiais em telecomunicação, compra e venda de cartões telefônicos, chips e recarga online, etc, e o ICMS inerente ao serviço de comunicação, objeto da presente demanda, deve ser recolhido com a emissão das Nota as Fiscais de Telecomunicação (NFST) pela concessionária fornecedora do serviço, por ocasião da distribuição dos aludidos cartões aos seus usuários.

Pois bem. O art. 11, III, “b”, da Lei Complementar nº 87/96 nos oferece a solução para a definição do local da prestação. Vejamos:

LC 87/96

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

Do texto normativo supra, extrai-se que para efeito de cobrança do imposto, deve ser levado em consideração o local da operação ou da prestação ao usuário que paga pelo serviço. Ou seja, a responsabilidade é da concessionária onde se encontra o usuário do serviço, que fornece os cartões com que o serviço é pago. Enfatizando, O ICMS sobre o serviço de comunicação é devido pelo prestador do serviço (TELEMAR), e não pela empresa terceirizada de distribuição dos citados cartões telefônicos.

De forma mais cristalina, verificamos este entendimento no inciso II da Clausula Primeira do Convênio nº 55/2005, ao estabelecer que as prestações de serviço de comunicação, na modalidade pré-pagas de prestações de serviços de telefonia, disponibilizados mediante cartões ou assemelhados, que o imposto incidente será destinado à unidade federativa onde houver o fornecimento ao usuário. Senão vejamos:

Convênio nº 55/2005

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:

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;

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.

Igualmente, o Decreto nº 26.146/2005 também trata dos procedimentos relativos à prestação de serviços de telefonia pré-paga, onde traz como devido o imposto para a unidade federada onde se ocorre o fornecimento daqueles instrumentos ao usuário, *in verbis*:

Art. 1º 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), Anexo 22 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997, com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização.

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.

(...)

§ 2º Aplica-se o disposto no inciso I quando se tratar de cartão, ficha ou assemelhado, de uso múltiplo, ou seja, que possa ser utilizado em terminais de uso público e particular (g.n)

Destarte, diante dos fundamentos supra, podemos concluir que o fato gerador se materializa na entrega do cartão telefônico indutivo ao usuário do serviço, comercializado pelo distribuidor do Estado da Paraíba.

Todavia, não há nos autos provas materiais de que foi em território paraibano que se deu as prestações de serviço, por meio dos cartões distribuídos à empresa REDEFONE, tampouco o momento dos seus fornecimentos aos usuários deste Estado, elementos essenciais para determinação do fato gerador. Os elementos de provas que se encontram nos autos são as notas fiscais de venda dos cartões da DPT Distribuidoras de Cartão para a empresa REDEFONE, mas, encontram-se ausente as notas fiscais de vendas dos aludidos cartões aos usuários do Estado da Paraíba, que seria o momento da caracterização dos fatos geradores do serviço de comunicação.

A falta de elementos probantes da acusação de falta de recolhimento de ICMS sobre serviço de comunicação acarreta a incerteza e iliquidez do crédito tributário originalmente constituído, não havendo como mantê-lo, de forma que peço *venia* ao nobre julgador monocrático, para discordar de sua decisão, e reformá-la para a improcedência da acusação.

Tal linha de entendimento já fora objeto de outros julgados por esta egrégia Corte Administrativa, a exemplo dos Acórdãos nºs 441/2020 e 490/2020, cujas ementas abaixo transcrevo:

OMISSÃO DE RECEITAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INFRAÇÃO NÃO CONFIGURADA. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Diferença apurada em Levantamento Financeiro enseja a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência. “ In casu” , a ausência de elementos mínimos na instrução processual suficientes para garantir a constituição do crédito tributário levantado na inicial, e para que o contribuinte pudesse exercer seu direito de defesa de forma ampla, acarretou a sucumbência da acusação. (g.n)

Acórdão nº 441/2020

Processo nº 0539482017-1

Relator: Consº PETRONIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - **FALTA DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL - IMPROCEDÊNCIA** - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *A descrição da infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.*

- *Acusação que não produz instrução probatória suficiente acarreta a improcedência da acusação, por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do contribuinte na determinação da matéria tributável.*

(g.n.)

ACÓRDÃO 490/2020

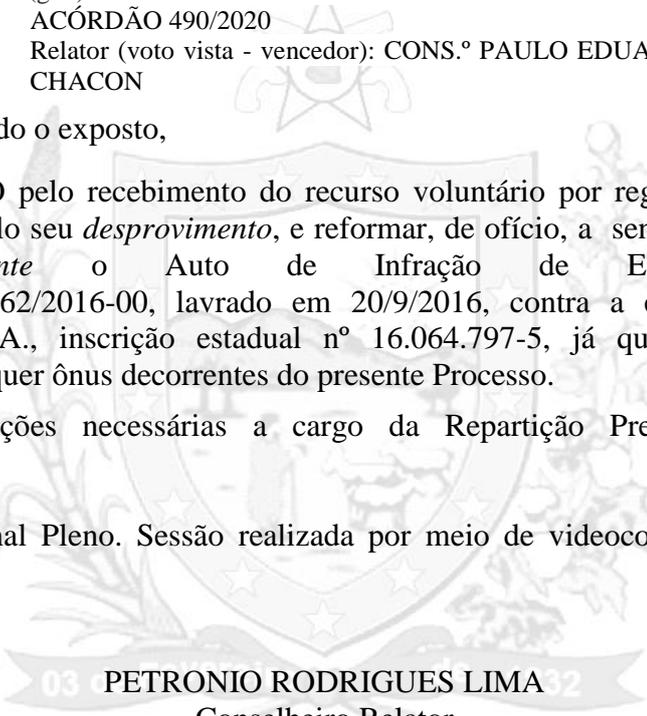
Relator (voto vista - vencedor): CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovidimento*, e reformar, de ofício, a sentença monocrática, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001662/2016-00, lavrado em 20/9/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de fevereiro de 2022.



03 PETRONIO RODRIGUES LIMA 32
Conselheiro Relator