

Acórdão: 17.206/06/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114767-88
Impugnante: Braslog Ltda.
Proc. S. Passivo: Paula de Abreu Machado Derzi/Outro(s)
PTA/AI: 02.000208599-92
Inscr. Estadual: 223.292409.00-17
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – CARTÃO TELEFÔNICO - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Imputação fiscal, mediante levantamento quantitativo, de que a Impugnante teria promovido saídas e entradas de cartões de telefone desacobertas de documentação fiscal. Entretanto, face às notas fiscais da empresa telefônica, a quem compete o recolhimento do ICMS sobre serviços de comunicação, objetivo intrínseco dos cartões telefônicos, devem ser excluídas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada capitulada no inciso II do artigo 55 da Lei 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Imputação fiscal de falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas com exigência da Multa Isolada capitulada na alínea “b” do inciso I do artigo 55 da Lei 6763/75. Acatadas razões apresentadas pela Impugnante de que não está obrigada ao registro dos documentos em livros fiscais por não ser contribuinte do ICMS.

Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a imputação fiscal de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil, no período de 02 de julho a 23 de novembro de 2004, bem como falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas.

O procedimento utilizado pela Fiscalização para as conclusões que compõem o Auto de Infração foi o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LEQFID.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaque-se que, inicialmente, contava do Auto de Infração a imputação de estoque desacoberto. Entretanto, esta imputação foi retirada quando da reformulação do crédito tributário, a qual será posteriormente tratada.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas estas últimas capituladas nos incisos I, alínea "b" e II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 400/411, aos argumentos que passamos a reproduzir sinteticamente:

- o artigo 16 citado no Auto de Infração prevê de modo genérico as obrigações de todos os contribuintes, nada esclarecendo sobre o objeto da autuação;

- é prestadora de serviços de distribuição de cartões telefônicos, não sendo contribuinte do ICMS, não havendo que se falar em exigência de ICMS ou multas;

- os cartões telefônicos não são considerados mercadorias para fins de incidência de ICMS, submetendo-se à tributação do ICMS sobre serviços de comunicação, que deve ser cobrado das empresas prestadoras de tais serviços, sendo que as distribuidoras de cartões indutivos se submetem ao pagamento do ISSQN, nos termos da Lei Complementar n.º 116/03, o qual é recolhido;

- a incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação ocorre na entrega dos cartões telefônicos a terceiros pela empresa prestadora dos serviços de comunicação, conforme disposição expressa do Convênio ICMS n.º 126/98;

- firmou contrato de prestação de serviços de distribuição de cartões com empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em abril de 2004, mas, como a Fiscalização solicitou documentação somente de julho a novembro de 2004, a documentação acobertadora dos bens que deram entrada no estoque de abril a julho não foi apresentada, levando à falsa conclusão de entrada e estoque desacobertos;

- a documentação emitida pela empresa de telecomunicações dando conta da saída dos bens que deram entrada em seu estoque entre abril e julho de 2004, acoberta os mesmos demonstrando o cumprimento da obrigação principal de recolhimento do imposto pela empresa prestadora de serviço de comunicação;

- requereu sua inscrição estadual em 02 de julho de 2004, pois, sendo prestadora de serviços de distribuição, sujeita ao ISSQN, não deveria ser inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, necessitando, para cumprir a obrigação acessória de acobertar as remessas que realiza, da emissão de notas fiscais avulsas, como esclareceu a Consulta n.º 216/04;

- como houve negativa da AF/Divinópolis em autorizá-la a emitir notas fiscais avulsas para suas saídas, precisou requerer inscrição estadual, ter o pedido deferido e aguardar a impressão do talonário para, somente então emitir notas fiscais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sem recolhimento de ICMS, com o simples escopo de acobertar as remessas de cartões pré-pagos que já estava obrigada, por contrato, a realizar desde abril de 2004;

- o procedimento de emissão de notas fiscais sem destaque de ICMS decorre do fato de a referida operação de remessa não constituir fato gerador desse imposto;

- não pode o Fisco, depois de negar meios para o regular cumprimento de uma obrigação, exigir que esta seja cumprida, pois só pôde contornar esse obstáculo após requerer sua inscrição estadual, que somente se efetivou em julho de 2004;

- a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, prevista no artigo 55, inciso I, alínea “b” da Lei n.º 6.763/75, não pode ser exigida;

- tal multa tem por base o valor integral de todos os serviços identificados através da documentação fiscal de saída emitida pela empresa de telecomunicações e, pelo fato de os bens não serem mercadorias se deduz absolutamente inócua a exigência, pois são para o registro destas que se destinam os Livros de Entradas e Saídas;

- o artigo 53, inciso I, alínea “b”, refere-se à obrigação de registro nos casos de “circulação de mercadorias e prestação de serviços”, e a “prestação de serviços” ali mencionada refere-se àqueles serviços sujeitos à tributação do ICMS, e não toda e qualquer prestação de serviço, como no caso, de distribuição de cartões;

- a empresa prestadora de serviços de telecomunicações deve registrar nos livros as saídas dos cartões, momento em que realiza o recolhimento do tributo;

- ainda que se entendesse pelo descumprimento das obrigações acessórias, não há qualquer evidência de não recolhimento de tributo, pois o ICMS foi destacado na documentação de saída de cartões emitida pela empresa de telecomunicações;

- não há dolo, pois nenhuma intenção de reduzir ou suprimir imposto se configura na espécie, uma vez que não há tributo a pagar e, tendo agido sempre com indiscutível boa-fé, pode ser acionado o permissivo legal.

Ao final, pede a procedência da impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 600/608, refutando os argumentos de defesa, sinteticamente, aos seguintes fundamentos:

- a legislação estadual reflete o Convênio ICMS nº 126/98, que estabelece regime especial de tributação para as prestadoras de serviços de telecomunicações, no fornecimento de ficha, cartões e assemelhados, ocorrendo o fato gerador do ICMS nas entradas e estoques desacobertados e não incidindo nas saídas subseqüentes;

- o Fisco não trabalha com suposições e o registro de documentos fiscais já foi objeto de diversas consultas de contribuintes efetuadas junto a DOET/SUTRI/SEF que, desde o ano de 2000 afirmou a obrigação acessória dos distribuidores;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- está clara a falta de registro, tanto que ao final a Impugnante pleiteia o artigo 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, a fim de obter a redução das multas isoladas;

- a Autuada é tributada pelo ISSQN por não ser o serviço de distribuição de cartões fato gerador do ICMS, porém não é invulnerável a autuações estaduais, pois, apesar do ICMS ser exigido das prestadoras de serviços de comunicações, a lei tributária prevê outros sujeitos passivos que não apenas o próprio contribuinte de acordo com as irregularidades;

- tanto o Código Tributário Nacional como a Lei nº 6.763/75 reconhecem como sujeito passivo, não só o contribuinte de direito, mas também o responsável por transferência, se enquadrando a Impugnante na condição de responsável solidária devido à situação concreta e real apurada no Auto de Infração;

- ocorreu o fato gerador quando a distribuidora recebeu os cartões para distribuí-los sem documentação fiscal correspondente, pois seu ato e/ou omissão impediu a caracterização da origem da prestadora do serviço de comunicação;

- a documentação solicitada no TIAF foi a partir da inscrição estadual, no entanto ao constatar-se diferenças quantitativas significativas no LEQFID a Autuada foi comunicada das irregularidades apuradas tendo sido solicitada toda a documentação fiscal existente, e, conforme comprovam os recibos de fls. 298/299, referentes a entrega de documentos mesmo após encerrado o prazo do TIAF, foram aceitos, ainda que sem registro, e integrados ao LEQFID, por ter sido possível identificá-los com a numeração das notas fiscais dos cartões gráficos registrados;

- agora a Impugnante surge em sua defesa com xerox de notas fiscais de entrada que fazem prova até contra si, pois anexa dentre as várias notas fiscais algumas com datas dentro do período solicitado no TIAF, ou seja, após a data de inscrição estadual, infringindo assim também o artigo 193 do RICMS/MG;

- no caso de serviços de telecomunicações, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhado, o ICMS deverá ser recolhido pela empresa de telecomunicação por ocasião da entrega a terceiros, ora, se foi realizado levantamento quantitativo e constatou-se a entrada e estoque desacobertado, ficou comprovado que o sujeito passivo emitiu notas fiscais dos produtos e recebeu-os sem a devida documentação fiscal, sendo responsável, portanto, pelo ICMS que não foi recolhido;

- na saída desacobertada, houve comprovação da entrada dos produtos, com o ICMS devidamente recolhido, sendo que houve remessa para revendedores sem documento fiscal, cabendo-se assim somente a multa por falta de obrigação acessória;

- o período inicial do trabalho fiscal foi 02 de julho de 2004, data da liberação da inscrição estadual, e a partir desta data o sujeito passivo, como distribuidor do produto, já era obrigado a emitir nota fiscal modelo 1 para acobertar as remessas na distribuição a seus revendedores, não se falando, portanto, em nota fiscal avulsa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há questionamento quanto ao preenchimento das notas fiscais de saídas emitidas pela Autuada ser sem destaque de ICMS;

- a Impugnante não nega a diferença apurada no LEQFID, tentando apenas se esquivar da sujeição passiva.

Pede, ao final, que seja julgado procedente o lançamento.

A Auditoria Fiscal, à fls. 611, retorna os autos a origem em diligência, para que o Fisco esclareça o motivo por que não foram consideradas, no levantamento quantitativo, as notas fiscais apresentadas na impugnação.

Em face da diligência, o Fisco se manifesta às fls. 612 a 691, acatando as notas fiscais e refazendo o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, com conseqüente reformulação do crédito tributário.

Foi reaberto prazo para a Impugnante, às fls. 693 a 695, para que a mesma se manifestasse acerca da reformulação.

A Impugnante retorna aos autos, às fls. 700/705, reafirmando seus argumentos impugnatórios e aduzindo em síntese:

- juntou, quando da apresentação de sua defesa, uma série de notas fiscais emitidas pela TELEMAR Norte Leste S/A que comprovam o acobertamento da entrada dos cartões indutivos de telefonia em seu estabelecimento;

- a TELEMAR tem a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido, conforme Convênio ICMS n.º 126/98, e, com a juntada das notas fiscais, restou demonstrado que não possuía estoque desacobertado, desautorizando a exigência de multa isolada e, conseqüentemente, do imposto;

- com base nas notas fiscais juntadas, a fiscalização procedeu à reformulação do crédito tributário, reduzindo o montante de tributo exigido sobre as entradas desacobertadas, mas aumentando em mais de seis vezes o valor da multa por suposto descumprimento de obrigação acessória, sendo tal reformulação absurda;

- como prestadora de serviços de distribuição de bens de terceiros, atividade sujeita à incidência do ISSQN, não é contribuinte do ICMS, não sendo, por isso, obrigada a manter documentação de escrituração fiscal referente a esse imposto;

- os cartões telefônicos não são considerados mercadorias para fins de cobrança do ICMS, e a exigência fiscal é para o registro das notas fiscais em livros fiscais;

- recolhe o ISSQN sobre suas atividades, conforme comprovam as guias anexas à impugnação, não havendo que se falar em cobrança do imposto nesse caso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- compete à prestadora de serviços de telecomunicações o registro nos livros das saídas dos ditos cartões, momento em que realiza o recolhimento do tributo;
- somente requereu inscrição estadual face às dificuldades para conseguir a autorização para notas fiscais avulsas, no entanto, isso não implica dizer que tenha passado a ser contribuinte estadual e obrigada a manter a referida documentação fiscal;
- o crédito foi majorado pela Fiscalização que simplesmente lançou multa isolada presumindo a não emissão de notas fiscais relativamente às saídas dos cartões indutivos descritos nas notas fiscais juntadas, que demonstraram o acobertamento das operações de entrada dos mesmos e o destaque do ICMS pela operadora de telefonia;
- a majoração superou o milhão de reais, valor suficiente para que seu patrimônio seja destruído por uma ação fiscal que não seguiu os ditames legais;
- ainda que fique superado o argumento de ilegitimidade da exigência fiscal por não ser contribuinte do ICMS, deve ser reduzida a multa isolada aplicada;
- não é reincidente, agiu em observância a respostas de consultas, não havendo falta de pagamento de tributo, nem prática dolosa da suposta infração, configura-se seu direito subjetivo ao cancelamento das multas isoladas, ou, pelo menos, sua redução a patamares mínimos, condizentes com o princípio da razoabilidade.

Ao final, reitera o pedido de improcedência da autuação.

O Fisco também se manifesta novamente às fls. 707 e 708, reafirmando seu posicionamento já exposto nos autos, lembrando trechos de Consultas respondidas sobre a matéria e que não há dispensa por parte dos distribuidores no tocante ao registro e emissão de documento fiscal para acobertar as remessas na distribuição a seus revendedores, sendo que o trabalho realizado pelos fiscais espelha a real situação das mercadorias no momento da ação fiscal, baseado nas informações colhidas na empresa e com os documentos apresentados. Pede, ao final, que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Pelo lançamento ora em apreciação exige-se ICMS, Multas de Revalidação e Isoladas, previstas estas últimas, no artigo 55, inciso I, alínea “b” e II, da Lei n.º 6.763/75, face à imputação fiscal, após a reformulação do crédito tributário, de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas através de levantamento quantitativo financeiro diário (LQFD) de mercadorias, no período de 02 de julho a 23 de novembro de 2004, bem como falta de registro de documentos nos livros fiscais.

Ressalte-se que, no texto original do Auto de Infração sob exame, constava também a imputação fiscal de estoque desacobertado. Entretanto, após a reformulação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do crédito tributário, fls. 612 a 691, restaram as imputações fiscais de entradas e saídas desacobertadas, pois foram incluídas no levantamento quantitativo as notas fiscais apresentadas junto à Impugnação.

A Impugnante alega em todas as oportunidades em que se manifestou nos presentes autos que não é responsável pelo pagamento do ICMS, e como não é contribuinte do imposto não é obrigada a cumprir as obrigações acessórias, sendo indevidas também as multas aplicadas.

Como fundamento do lançamento, encontramos no campo “Infringências/Penalidades” do Auto de Infração, a citação dos incisos VI, VII, IX e XIII do artigo 16 da Lei n.º 6.763/75. Da leitura do citado dispositivo percebe-se que efetivamente seus ditames destinam-se aos contribuintes do ICMS o que a Impugnante alega não ser, *in verbis*:

“Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

.....
VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

.....
IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

.....
XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

.....”

Em todos os momentos nos autos, quer seja pela Impugnante, quer seja pelo Fisco, é reconhecido que na saída de cartões telefônicos a incidência do ICMS se dá sobre o próprio serviço de comunicação nele inserido. Assim, não é a operação de venda dos próprios cartões que é efetivamente tributada pelo ICMS, até porque esta teria um valor extremamente reduzido face ao conteúdo do serviço de comunicação que representa. O que se tributa efetivamente é a prestação de serviço de comunicação contida no cartão telefônico, pois sua aquisição gera, para o adquirente, o direito de exigir a prestação do serviço não do distribuidor do cartão mas da empresa de telecomunicação.

Reconhecendo esta realidade os estados estabeleceram que a incidência do ICMS se dá sobre o valor contido na prestação de serviço de comunicação inserida no cartão telefônico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este entendimento fica claro quando analisamos o próprio Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02 que determina, ao tratar do fato gerador do ICMS:

"CAPÍTULO I Da Incidência

Art. 1º - O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

.....
IX - a prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação;

.....
Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

.....
XI - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção, quando onerosas, de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, observado o seguinte:

a - quando se tratar de serviço de telecomunicações, o imposto será devido a este Estado:

a.1 - nos serviços internacionais, tarifados e cobrados no Brasil, cuja receita pertença às operadoras, e o equipamento terminal brasileiro esteja situado em território deste Estado;

a.2 - na prestação de serviços móveis de telecomunicações, desde que em território deste Estado esteja instalada a estação que receber a solicitação;

b - caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando de seu fornecimento ao usuário;

....."

Partindo destas premissas temos que a Impugnante não pode ser considerada efetivamente como prestadora de serviço de comunicação que é objeto da tributação pelo ICMS, inclusive o imposto questionado nos presentes autos. Sendo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

assim, a mesma é, na verdade, prestadora de serviços de distribuição de cartões telefônicos, não sendo, nesta condição, contribuinte do ICMS.

Esta conclusão emana do fato de que os cartões telefônicos não são considerados mercadorias para fins de incidência de ICMS, submetendo-se à tributação do ICMS sobre o direito ao efetivo uso dos serviços de comunicação nele contidos, que é de responsabilidade das empresas prestadoras dos serviços de comunicação.

Nesta linha, considera-se que a exigência do ICMS constante dos autos é sobre a prestação de serviço de comunicação.

As distribuidoras de cartões indutivos, sobre estes serviços prestados, se submetem ao pagamento do ISSQN, nos termos da Lei Complementar n.º 116/03.

A incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação ocorre na entrega dos cartões telefônicos a terceiros pela empresa prestadora dos serviços de comunicação, conforme disposição expressa do Convênio ICMS n.º 126/98, que inclusive foi reproduzido na manifestação fiscal às fls. 602 e 603, da seguinte forma:

“Cláusula Sétima - No caso de serviço de telecomunicação prestado mediante ficha, cartão ou assemelhado, por ocasião da entrega, real ou simbólica, a terceiro para fornecimento a usuário, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST), com destaque do valor do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data.

.....”

A partir destas conclusões pode-se verificar que a Impugnante não pratica operação de circulação de mercadoria quando distribui cartões telefônicos. O cartão indutivo não pode ser considerado como o próprio serviço de comunicação, tampouco como mercadoria, pois seu valor está ligado exclusivamente ao direito de usufruir de um serviço de comunicação, direito este oponível à prestadora do serviço de comunicação e não à distribuidora de cartões.

Ademais, o fato de se encontrar cartões na empresa distribuidora ou até mesmo a saída destes cartões, não significa que já tenha sido realizado o fato gerador do ICMS de prestação de serviço de comunicação desacompanhada de documentação fiscal hábil. O Convênio acima transcrito não altera a ocorrência do fato gerador. O mesmo é apenas instrumental, trazendo regra para emissão da nota fiscal e momento de pagamento do imposto que, repita-se pela importância, é devido pela prestação do serviço de comunicação e não pela distribuição dos cartões telefônicos.

Verificando-se o contrato de prestação de serviços de distribuição de cartões com empresas prestadoras de serviços de telecomunicações trazido aos autos pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante temos que o mesmo comprova que a atividade da ora Impugnante não é, de forma alguma, a prestação de serviço de comunicação. Senão vejamos:

- tal contrato foi celebrado em 1º de abril de 2004 (fl. 348);
- o objeto do contrato é a prestação de serviço de distribuição de cartões em pontos de venda, localizados nas áreas geográficas determinadas em seu Anexo, compreendendo o registro de pedidos, a entrega dos cartões, o repasse dos valores das vendas realizadas, a instalação, vistoria e reposição de material publicitário em todos os pontos de venda (fl.332);
- dentre as obrigações da contratada, ora Impugnante, fls. 334 a 340, não se verifica nada que se assemelhe a prestação de serviço de comunicação;
- citado contrato menciona todo o tempo que a ora Impugnante apenas detém a posse dos cartões telefônicos que serão distribuídos, não lhe sendo transmitida a propriedade dos mesmos, como se dá em operações comerciais com mercadorias;
- a Cláusula 3.1.40 determina que a ora Impugnante não poderá *“efetuar qualquer tipo de transação comercial, doação de cartões ou qualquer outra forma de distribuição dos cartões (...) que não esteja prevista neste contrato”* (fl. 339).

Verifica-se também que a documentação solicitada pelo Termo de Início de Ação Fiscal foi de período posterior à realização do citado contrato, qual seja de 02 de julho a 23 de novembro de 2004, sendo que a documentação acobertadora dos bens que deram entrada no estoque de abril a julho não foi apresentada no primeiro momento por não ter sido solicitada.

A documentação emitida pela empresa de telecomunicações dando conta da saída dos bens que deram entrada no estoque da ora Impugnante a partir de abril e antes de julho de 2004, acoberta os cartões objeto da autuação e, demonstra, até prova em contrário, o cumprimento da obrigação principal de recolhimento do imposto pela empresa prestadora de serviço de comunicação e emitente das referidas notas fiscais.

Deixamos de nos manifestar acerca do argumento da Impugnante de que houve negativa da AF/Divinópolis em autorizá-la a emitir notas fiscais avulsas em face da inexistência de provas robustas que amparem tal alegação nos presentes autos e em face do entendimento de que este fato não afeta o mérito das exigências diante da postura e do entendimento ora adotados nesta decisão.

Argüi ainda a Impugnante que requereu desnecessariamente sua inscrição estadual em 02 de julho de 2004, pois, sendo prestadora de serviços de distribuição, sujeita ao ISSQN, não deveria ser inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, necessitando, para cumprir a obrigação acessória do § 1º do artigo 39 da Lei n.º 6.763/75, de acobertar as remessas que realiza, a emissão de notas fiscais avulsas, como teria sido esclarecido na Consulta n.º 216/04.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que, recentemente, a Secretaria de Estado da Fazenda se manifestou sobre a questão na resposta à Consulta de Contribuintes n.º 001/2007 que tem a seguinte ementa:

“CONSULTA N.º :001/2007

PTA N.º : 16.000152121-29

ORIGEM: BELO HORIZONTE – MG

EMENTA:

ICMS - INSCRIÇÃO ESTADUAL – ATIVIDADE SUJEITA À TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL – NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS – OS ESTABELECIMENTOS QUE EXERÇAM SOMENTE ATIVIDADES NÃO INCLUÍDAS NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO ICMS NÃO SÃO CONSIDERADOS CONTRIBUINTES EM RELAÇÃO A ESSE IMPOSTO, AINDA QUE, EXCEPCIONALMENTE, SEJA-LHES CONCEDIDA INSCRIÇÃO NO CADASTRO ESTADUAL PARA EFEITOS DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL PARA ACOBERTAR A MOVIMENTAÇÃO DE BENS ENTRE SEUS ESTABELECIMENTOS E DESTES PARA OS LOCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.”

A Defendente alega que estando impedida pela AF/Divinópolis de emitir notas fiscais avulsas, precisou requerer inscrição estadual, ter o pedido deferido e aguardar a impressão do talonário para, somente então, emitir notas fiscais sem recolhimento de ICMS, com o simples escopo de acobertar as remessas de cartões pré-pagos que já estava obrigada, por contrato, a realizar desde abril de 2004.

No entanto, como se verifica da consulta retro transcrita, o procedimento de emissão de notas fiscais sem destaque de ICMS decorre do fato de a referida operação de remessa não constituir fato gerador desse imposto e, não modifica a situação de não ser a Impugnante contribuinte do ICMS, mesmo que possua inscrição estadual.

Consta também do Auto de Infração as exigências das penalidades capituladas nos incisos I, alínea “b” e II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, que descrevem a seguinte conduta como passível de sanção:

“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:

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

Efeitos de 1º/11/2003 a 05/08/2004 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzindo-se a 5% (cinco por cento), quando se tratar de:"

.....
b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

Efeitos de 28/12/91 a 05/08/2004 - Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 10.562, de 27/12/91 - MG de 28:

"b - saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;"

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

....."
Como pode ser visto da análise dos dispositivos legais acima transcritos a norma visa punir os contribuintes do ICMS que deixam de cumprir com as obrigações acessórias. Não se caracterizando a Impugnante quanto à atividade de distribuição de cartões telefônicos discutida nos presentes autos, como contribuinte do ICMS, os mandamentos inclusos nas normas sancionatórias não lhe atingem.

Ademais, a multa isolada tem por base o valor integral de todos os serviços identificados através da documentação fiscal de saída emitida pela empresa de telecomunicações. Apenas pelo fato dos cartões não serem mercadorias se deduz inócua a exigência da penalidade.

Acrescente-se por fim que sobre este fato a própria fiscalização reproduz parte da exposição feita pela TNL PCS S/A na Consulta n.º 051/2002 (fls. 380/381), *“assim, na intermediação de cartões pré-pagos entre prestadores de serviços telefônicos e o usuário, os distribuidores não praticam fatos geradores do ICMS. Contudo, pela sua participação no processo com a intermediação do serviço é solidariamente responsável com a consulente pelo imposto que se provar devido”*.

A interpretação que se faz desta resposta à Consulta é diversa, entretanto, da exposta pela Fiscalização. Para tanto veja-se a ementa da referida Consulta:

“CONSULTA N.º :051/2002

PTA N.º : 16.000064715-83

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ORIGEM: BELO HORIZONTE – MG

EMENTA:

TELECOMUNICAÇÃO – FATO GERADOR – CARTÃO TELEFÔNICO – NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, COM UTILIZAÇÃO DE CARTÃO, CONSIDERA-SE OCORRIDO O FATO GERADOR DO IMPOSTO NA SAÍDA REAL OU SIMBÓLICA, DOS CARTÕES DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR DO SERVIÇO. POR OCASIÃO DA ENTRADA DOS CARTÕES A TERCEIROS PARA FORNECIMENTO AO USUÁRIO DEVERÁ SER EMITIDA NOTA FISCAL DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO – NFST, COM DESTAQUE DO ICMS, CALCULADO COM BASE NO VALOR TARIFÁRIO VIGENTE NA DATA, CONFORME ESTABELECIDO NO ART. 40 DO ANEXO IX DO RICMS/96.”

Portanto, mesmo esta consulta citada não ampara o trabalho fiscal pois deixa claro o entendimento de que o imposto devido em casos como o dos autos é de responsabilidade da empresa prestadora de serviço de comunicação e, os documentos juntados ao presente processo demonstram que o mesmo foi destacado nas notas fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o lançamento. Vencido o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor), que o julgava procedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Prado Amarante de Mendonça e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além da signatária, e do Conselheiro Revisor supra citado, os Conselheiros Edvaldo Ferreira e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 01/11/06.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**

lmpmp/vsf

Acórdão: 17.206/06/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114767-88
Impugnante: Braslog Ltda.
Proc. S. Passivo: Paula de Abreu Machado Derzi/Outro(s)
PTA/AI: 02.000208599-92
Inscr. Estadual: 223.292409.00-17
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro José Eymard Costa, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Basicamente, as razões de minha discordância da decisão consubstanciada no Acórdão 17.206/06/2ª estão contidas nas Consultas de Contribuintes abaixo parcialmente transcritas:

1) Quanto à solidariedade em relação ao ICMS referente às entradas e ao estoque de cartões telefônicos desacobertos de documentação fiscal:

Consulta n.º 051/2002 (Art. 21, XII, c/c art. 21, VII, da Lei 6763/75)

“A Consulente encontra-se em fase preparatória para a implantação dos serviços de telefonia móvel, na modalidade de cartão pré-pago, visando alcançar os 16 Estados em que a Telemar já opera, tendo elegido os Estados do Rio de Janeiro e Pernambuco como estabelecimentos centralizadores, para a aquisição e armazenamento dos cartões pré-pagos a serem transferidos para as filiais dos demais Estados.

Pretende terceirizar o fornecimento dos cartões aos usuários, sem utilizar rede própria como pontos de venda, comercializando-os de duas formas, a saber:

(...)

Aduz que os distribuidores dos cartões pré-pagos são intermediários na prestação dos serviços da Consulente. O contribuinte do imposto é aquele que presta o serviço de comunicação, a empresa de telecomunicação. Assim, na intermediação de cartões pré-pagos entre prestadores de serviços telefônicos e o usuário, os distribuidores não praticam fatos geradores do ICMS. **Contudo, pela sua participação no processo com a intermediação do serviço é solidariamente responsável com a Consulente pelo imposto que se provar devido.**

(...)

CONSULTA:

Seu entendimento está correto?

RESPOSTA:

Do que se depreende da exposição, o procedimento adotado pela Consulente está correto, encontrando respaldo na legislação pertinente, constante dos artigos 36 a 41 do Anexo IX do RICMS/96, os quais decorrem do Convênio 126/98.

2) Quanto ao cumprimento das obrigações acessórias – Emissão e escrituração de documentos fiscais:

Consulta 094/2002:

“Ressaltamos, porém, que **não há a dispensa do cumprimento das obrigações acessórias, por parte dos distribuidores, notadamente, no tocante ao registro e emissão de documento fiscal para acobertar as remessas na distribuição a seus revendedores.** Somente na hipótese de venda a consumidor final ficará a mesma dispensada da emissão do citado documento.”

Consulta 216/2004:

“O procedimento está parcialmente correto, **ressaltando, porém, que não há a dispensa do cumprimento das obrigações acessórias, por parte da Consulente, notadamente, no tocante ao registro e emissão de documento fiscal para acobertar as remessas na distribuição a seus revendedores.** Somente na hipótese de venda a consumidor final ficará a mesma dispensada da emissão do citado documento, conforme se depreende na Consulta de Contribuinte n° 094/2002.”

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 01/11/06.

**José Eymard Costa
Conselheiro**