

PROCESSO - A.I. N° 0869740101/00-3  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - SONTEL – TELECOMUNICAÇÕES LTDA.  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª JJF n° 0289/01  
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 31.01.05

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF N° 0385-12/04

**EMENTA:** ICMS. CONTROLE DE LEGALIDADE. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação com base no art. 119, II, da Lei n° 3956/81 (COTEB), alterada pela Lei n° 7438/99, propondo a improcedência da infração 6 do PAF, tendo em vista que as saídas de cartões telefônicos do estabelecimento do autuado (revendedor), não configuram fato gerador do imposto. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, mediante despacho do Procurador Chefe Dr. Jamil Cabús Neto, aprovando o Parecer exarado pela i. Procuradora Dra. Paula Gonçalves Moris Matos e pela ilustre Procuradora Dra. Verônica Santos de Novaes acompanhados do Parecer do i. Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho que concluem pelo deferimento do pedido de representação a este CONSEF, no exercício do controle da legalidade, com supedâneo no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB).

O objeto da presente Representação é o item 6 do Auto de Infração acima referenciado que exige o recolhimento de ICMS, em razão de ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, julgado procedente pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, com a seguinte fundamentação:

*“Consta que o autuado recebeu em consignação da Maxitel em 20/11/99, conforme nota fiscal n° 839 (doc.fl.30), 1.120 cartões “Alô Card”, no valor de R\$ 19.152,00, cuja mercadoria, foi objeto de saídas através das notas fiscais relacionadas à fl.14, que totalizam a mesma quantidade recebida em consignação. Em 10/01/00 foi emitida a nota fiscal n° 0580 (doc.fl.31) em nome da Maxitel, referente à “Remessa simbólica de consignação” do total da mercadoria consignada anteriormente. Logo, observa-se que realmente o autuado deu saída das mercadorias considerando-as como operação não tributada, cujo argumento defensivo, com base no artigo 49 do RICMS é de que a obrigação pelo pagamento do imposto naquelas operações é da Maxitel, pois as recargas são efetuadas por ela. No caso, à luz da norma do citado dispositivo regulamentar, é possível concluir que a responsabilidade tributária, é do autuado na condição de permissionário, tendo em vista que as saídas foram promovidas por seu estabelecimento. Pela procedência deste item”.*

Eis que, às fls. 227 a 229, o contribuinte, por sua advogada, ingressa com requerimento ao Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal, aduz os fundamentos para apreciação do pedido de apreciação das suas razões e sustenta que o voto do relator do acórdão JJF 0289/01 confirma posição equivocada do autuante, ao considerar como permissionário dos serviços de telecomunicações o autuado, a SONTEL, mera comerciante, que apenas entrega aos usuários dos aparelhos celulares que vende em seu estabelecimento, o símbolo que permite a aquisição e

utilização dos serviços de telefonia celular, os quais são prestados pela MAXITEL, na qualidade de permissionária do serviço público de telecomunicação.

Assim, requer seja considerada a improcedência da autuação, representando ao CONSEF para que analise e reconsidere as razões da defesa.

Em seu Parecer as Doutas Procuradoras acima citadas, às fls. 245 a 248, analisam o Auto de Infração referenciado, lavrado em 25 de setembro de 2000, contra a empresa SONTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e o andamento do processo julgado Procedente em Parte, pela 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, verificando que o Recurso Voluntário apresentado pelo autuado fora arquivado em razão de sua intempestividade.

Destacam, ainda, que o sujeito passivo apresentou impugnação contra o aludido arquivamento, a qual não restou provida pela 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal que, ao final, homologou a Decisão proferida pela Primeira Instância.

Apontam que o autuado ingressou com pedido de representação ao CONSEF, entendendo que houve julgamento equivocado em relação à infração 6 do referido Auto de Infração, por entender não ser ela permissionária de serviços de telecomunicações e, em virtude disso, não estaria sujeita à tributação do ICMS na venda de cartões telefônicos.

Discordam do Parecer exarado pelo ilustre Procurador do Estado, Dr. Antonio Carlos de Andrade Souza Filho que entendeu inexistirem requisitos para proceder à representação proposta pelo autuado, aduzindo que a análise dos autos revela que, de fato, no que toca à infração 6 – falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas -, a constatação de não se tratar o autuado, de permissionária ou concessionária de serviço de telecomunicações o que obsta a subsistência dessa imputação.

Sustentam que as companhias distribuidoras não se caracterizam como permissionárias ou concessionárias prestadoras de serviço de telecomunicação, uma vez que não disponibilizam meios de atender aos anseios dos adquirentes do cartão telefônico.

Argumentam que o fato gerador do ICMS ocorre quando da remessa dos cartões pelo concessionário ou permissionário do serviço de telecomunicação, em razão do que, não constituindo, a postulante, em prestadora do aludido serviço, as operações por ele realizadas, de venda ou remessa de cartões telefônicos, não configuram fato gerador do tributo.

Aduzem, ainda, que as saídas de cartões telefônicos do estabelecimento da revendedora autuado constituem simples operações de distribuição de meios para se efetuar a comunicação, acatando, dessa forma, igual argumento da interessada e do prolator do Parecer técnico que opina no sentido de que o serviço de telecomunicação se caracteriza pelo fato de o agente – permissionário ou concessionário do serviço – possibilitar que uma pessoa que se encontra de um “lado” possa se comunicar com outra que se encontra de “outro lado”, o que não é proporcionado pelo autuado, simples revendedora dos cartões.

Dessa forma, concluem que a requerente, na qualidade de mera revendedora de objetos que consignam unidades de serviços de telecomunicações, não detém a responsabilidade pelo recolhimento da exação em exame e que, assim, a subsistência da infração 6 do Auto de Infração referenciado viola as normas que dispõem sobre a matéria sub examine, já que o crédito tributário constituído releva-se manifestamente contrário à lei.

Ao final, representam a este CONSEF, para o fim de ser julgado improcedente o item 6 do Auto de Infração, no que tange à transgressão relativa à falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

## VOTO

Verifico que a presente Representação da PGE/PROFIS decorre do requerimento interposto pelo representante legal do contribuinte SONTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., em face de ter sido julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, no tocante à infração 6, que reclama falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Eis que, da análise dos autos, as Doutas Procuradoras constataram que não se trata o autuado, de permissionária ou concessionária de serviço de telecomunicações, por ser apenas revendedora dos cartões telefônicos que consignam unidades de serviços de telecomunicações, o que obstaria a subsistência da imputação.

De fato, os argumentos aduzidos pelo contribuinte, analisados no Parecer Técnico do Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho e nos Pareceres da PGE/PROFIS nos leva ao entendimento de que resta provado nos autos que o autuado não é permissionária ou concessionária de serviços de telecomunicações e, portanto, não é prestadora daqueles serviços, nem as vendas ou remessas de cartões telefônicos configurar-se-iam como fato gerador de ICMS.

Assim, como a questão está posta de maneira clara e juridicamente sustentável, entendo que a infração 6 é IMPROCEDENTE e voto pelo ACOLHIMENTO da presente Representação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS