

PROCESSO - A.I. Nº 293575.0903/01-6
RECORRENTE - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 2219-01/01
ORIGEM - INFAS EUNÁPOLIS
INTERNET - 28.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. O recorrente comprovou o atendimento às condições estabelecidas no Art. 93, § 16, do RICMS/97. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração nº 293575.0903/01-6, exigindo pagamento do imposto valor de R\$4.586,67, acrescido de multa de 60%, relativo à utilização indevida de crédito fiscal por ter sido lançado na escrita fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais (serviço de comunicação).

A Decisão Recorrida afastou inicialmente a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, ou seja, não acolheu a alegação de que a notificação do Auto de Infração foi assinada por pessoa estranha aos seus quadros e destituída de procuração hábil para receber notificações da Fazenda, pois verificou que o Sr. José Bernardino Reis apresentou-se como gerente do estabelecimento, sendo a pessoa quem atendeu a fiscalização e deu ciência ao presente Auto de Infração. Afirmou que a legislação tributária considera cada estabelecimento autonomamente não havendo cabimento a obrigação da Fazenda se deslocar ao Estado do Espírito Santo, domicílio dos sócios e da matriz para fiscalizar suas receitas estaduais.

Rejeitou, também, o pedido de revisão fiscal ante o fato de seu convencimento sobre a controvérsia já está formado

No mérito, observou que os créditos fiscais do período compreendido entre janeiro de 1997 a janeiro de 1999 foram utilizados como créditos extemporâneos no mês de fevereiro de 1999, conforme RAICMS apensado à fl. 10 e considerados na autuação. Disse que os documentos juntados pelo contribuinte em confronto com os valores lançados por ele próprio no RAICMS confirmaram o acerto do procedimento fiscal, pois demonstraram que houve a utilização a maior dos créditos de comunicação a que tinha direito. Desconsiderou as notas fiscais/faturas de fls. 43 a 65 por se tratar de serviços de comunicação utilizados pela empresa IRMÃOS PIANNA LTDA., estabelecimento diverso do autuado.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, primeiramente, negando que as notas fiscais/faturas de serviço de comunicação, juntadas em fls. 43/65, foram utilizadas pela empresa IRMÃOS PIANNA LTDA., pois o correspondente desembolso foi realizado pelo recorrente, conforme cópias dos cheques emitidos, cópia do livro Razão e ainda o contrato de locação, não obstante os direitos de uso da linha telefônica estejam em nome daquela, empresa do mesmo grupo econômico do recorrente.

Explicitou que o conteúdo do contrato de locação demonstra que o imóvel onde está situado seu estabelecimento e a linha telefônica constante do imóvel foram locados de sua coligada (IRMÃOS PIANNA).

Concluiu que os créditos fiscais utilizados diziam respeito ao objetivo social do recorrente, realizado conforme art. 93, II, do RICMS, e as notas fiscais/faturas juntadas demostraram que todos os créditos utilizados em sua escrita foram devidamente destacados. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado, relatando que em consulta a TELEMAR restou verificado que a linha telefônica aludida, referente às notas/faturas de fls. 43/65 está situada em endereço diverso do endereço do recorrente. Além disso, desqualificou o contrato de locação como instrumento de prova em favor do recorrente, pois o objeto do contrato é o imóvel nº 47 da Av. Porto Seguro, Centro, Eunápolis, Bahia, não se coadunando com o endereço onde está situada a linha telefônica, que é o de nº 43. Por fim, afirmou que o art. 29, parágrafo 1º, inciso IV, do RICMS, deixa claro que o direito ao uso do crédito fiscal em serviços de comunicação é do estabelecimento onde são recebidos os serviços.

VOTO

Trata-se de utilização indevida de crédito fiscal relativo a prestação de serviço de comunicação.

Para comprovar a legalidade da utilização, o recorrente juntou notas fiscais/faturas de serviço de comunicação, fls. 43/65, alegando que as pagou, embora emitidas em nome da empresa IRMÃOS PIANNA LTDA. Para comprovar o alegado, juntou cópias de cheques emitidos, cópia do livro Razão e ainda um contrato de locação para demonstrar que o imóvel onde está situado seu estabelecimento e a linha telefônica objeto da autuação foi locado de sua coligada (IRMÃOS PIANNA).

A Douta PROFAZ informa que, em consulta à TELEMAR, constatou-se que a linha telefônica nº 281-5785, donde se gerou os créditos fiscais objeto da controvérsia, está situada na Av. Porto Seguro, nº 43, Centro, Eunápolis, endereço diverso do recorrente, que é o número 47. Porém, para formação do meu convencimento, realizei ligação para o número do telefone em questão e verifiquei que o mesmo está instalado no estabelecimento do recorrente, no número 47 da Av. Porto Seguro em Eunápolis, possivelmente estando desatualizados os dados da TELEMAR.

O art. 93, parágrafo 16, do RICMS, estabelece as condições para o direito ao uso do crédito fiscal em serviços de comunicação, quando a documentação fiscal indicar como tomador o nome de terceiro que não o do estabelecimento onde são recebidos os serviços, devido ao fato do equipamento estar locado, arrendado, ou cedido em comodato. Impõe como requisitos, ainda, que haja comprovação do fato mediante documentação regular, que o aparelho seja efetivamente utilizado pelo contribuinte em suas atividades e esteja fisicamente instalado em seu estabelecimento.

Então, como primeiro requisito, deve-se comprovar a existência do fato, ou seja, de que o aparelho utilizado, gerador do crédito fiscal, embora em nome de terceiro, foi objeto de locação, arrendamento ou comodato, mediante documentação regular. Para o preenchimento desse requisito, tem-se os seguintes elementos: cópias de cheques emitidos pelo recorrente para pagamento das contas de telefone referentes aos créditos fiscais e a constatação, através de

ligação para o número do aparelho em questão, de que a instalação da linha se localiza no estabelecimento do recorrente. Resta saber se tais elementos constituem documentação regular para comprovar a existência de um contrato de locação ou de comodato.

Conforme art. 1079, do Código Civil, a manifestação de vontade, nos contratos, pode ser tácita, se a lei não exige forma expressa e o art. 129, do mesmo diploma, dispõe que a maioria dos negócios jurídicos, para valer, independe de forma estabelecida em lei. Daí, quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito.

No caso da locação e do comodato, a lei não exige forma expressa à sua constituição. Para a locação, é necessário somente a transferência temporária da posse direta da coisa de maneira onerosa, já para o comodato, a transferência temporária da posse direta de maneira gratuita. Como afirma Maria Helena Diniz em Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º Volume, Ed. Saraiva, 17º edição, pag. 232, no caso da locação, “não depende, para a sua formação, de forma especial” e no caso do comodato, “a forma é livre, não exigindo forma solene *ad substantia* da manifestação”.

Logo, a comprovação da existência dos contratos de locação ou de comodato não se faz exclusivamente com a apresentação do instrumento escrito, firmado pelos contratantes. Ao contrário, dispõe o Código Civil, no seu art. 144, que a existência do contrato pode ser comprovada mediante confissão, documento público ou particular, testemunhas, presunção e perícia.

A constatação de que o telefone se encontra no estabelecimento do recorrente, conforme ligação para o mesmo realizada por mim, é perícia, e as cópias de cheques emitidos pelo recorrente para pagamento das contas do telefone em questão, as quais geraram o crédito fiscal, é documento particular; ambos – documento particular e perícia – comprovando a transferência da posse direta da coisa e segundo o supra citado dispositivo do Código Civil, são meios hábeis para demonstrar a existência de um contrato. Portanto, resta comprovada a existência do mesmo.

O recorrente alegou que havia locado o telefone, mas não juntou recibos de pagamento de aluguéis. Isto não afasta a existência de um contrato no caso concreto, uma vez que, comprovado o pagamento de aluguel, demonstra-se a existência de um contrato de locação, não comprovado, demonstra a existência de um contrato de comodato, uma vez que a transferência da posse direta já foi detectada. Como afirma Orlando Gomes em “Contratos”, Ed. Forence, 25º edição, pág. 275, “A onerosidade é da essência do contrato de locação. Ao uso e gozo da coisa deve corresponder, necessariamente, certa retribuição. Se concedido gratuitamente, o contrato desfigura-se, tornando-se comodato”.

Como o art. 93, parágrafo 16, do RICMS exige a existência de um contrato de locação ou de comodato do aparelho para o recorrente se beneficiar do crédito referente a documento fiscal em nome de terceiro, importa dizer que o recorrente contratou, se onerosamente, uma locação, se gratuitamente, um comodato, ambos preenchendo a hipótese normativa do benefício.

Quanto aos demais requisitos do art. 93, foi comprovado que o contribuinte efetivamente utilizou o aparelho em suas atividades e que o aparelho está fisicamente instalado em seu estabelecimento.

Assim, entendo que o recorrente tem direito ao crédito pois atende às condições estabelecidas no dispositivo legal supra citado.

Voto, pois, pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n° 293575.0903/01-6, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de Maio de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ