

PROCESSO - A. I. N° 300199.0012/02-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0106-01/03
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 13.02.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0197-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO EM DECORRÊNCIA DA DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Provado que parte dos bens saíram tributados pelo imposto, sendo legítimo o crédito relativo à entrada dos mesmos no estabelecimento. Também provado que alguns bens objeto da ação fiscal retornaram ao estabelecimento, não havendo motivo para a glosa do crédito. Refeitos os cálculos. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO RELATIVO AO SERVIÇO SOB A RUBRICA “FACILIDADES”. O ICMS não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação. As chamadas “facilidades” são serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte. As aludidas “facilidades” integram o campo de incidência do ICMS, pois o acessório segue a sorte do principal. O art. 54 do RICMS/97, ao tratar dos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações e prestações, prevê que se incluem na base de cálculo do imposto todas as importâncias que representarem despesas acessórias, qualquer que seja a natureza dos acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador do serviço. É devido o imposto. 3. BASE DE CÁLCULO. ADOÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, APÓS A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. Embora a defesa tenha alegado que os documentos fiscais em que se baseou o Fisco se referem a períodos anteriores à revogação do benefício fiscal, está patente que os documentos acostados aos autos pela defesa não foram objeto da autuação em apreço. Não acatadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime em relação às infrações 1 e 3, e não unânime quanto à infração 2.

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício interposto pela 1^a JJF e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, tendo em vista a Decisão que declarou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Recurso de Ofício resulta da Decisão da 1^a JJF de declarar Procedente em Parte o Auto de Infração, tendo em vista que o ilustre relator do processo naquela Junta de Julgamento Fiscal excluiu do levantamento fiscal relativo à glosa de créditos fiscais relativos a bens que saíram do estabelecimento por transferência, e remessas para conserto, reparo e troca 28 notas fiscais que foram tributadas na saída, bem como parte de uma outra nota fiscal, porque os bens retornaram ao estabelecimento. O Recurso Voluntário resulta da inconformidade do recorrente com a autuação e com a Decisão de 1^a Instância, porque entende ser o Auto de Infração Nulo, por vícios insanáveis e por questões de mérito.

Louva-se o recorrente na redação da Decisão recorrida para justificar a arguição de nulidade, pois o relator da 1^a JJF aponta pelo menos três inadequações do Auto de Infração, segundo seu entendimento. No primeiro caso porque teria havido excesso na concisão do Auto de Infração, no segundo caso porque a autuação poderia ter desmembrado o 1º item em dois e no terceiro caso porque teria havido inadequação na demonstração do débito. Por fim, insiste o recorrente na nulidade da Decisão porque não estariam presentes no lançamento fiscal os elementos básicos para se determinar com segurança a infração cometida.

No mérito o recorrente insiste em que o item 01 da autuação seria improcedente porque as notas fiscais acolhidas pela Decisão recorrida seriam mero exemplo de notas de saída de bens do ativo tributadas pelo imposto, devendo o processo ser convertido em diligência para que se verificasse exaustivamente a existência de outras notas fiscais de mesma natureza.

No que concerne às “facilidades”, item 02 da autuação, o recorrente insiste em que não se trata de serviço de comunicação, à semelhança dos serviços de locação e de manutenção em ramais e controle da atividade em aeroportos, que a PGEPROFIS definira como sujeito ao ISSQN. Louva-se também em Parecer da Ministra Eliana Calmon, que entende não ser o provimento de acesso serviço sujeito ao ICMS.

No que concerne ao item 03 da autuação o recorrente insiste em que a redução de base de cálculo fora corretamente aplicada por ela, porque referente a período anterior à revogação do benefício fiscal e que o autuante não teria levado em conta os pagamentos efetuados pelo autuado.

O recorrente volta a se referir à alusão na Decisão de 1^a Instância a uma “inadequação do débito no Auto de Infração” para reclamar a nulidade e a insubsistência da autuação.

Na assentada de julgamento de 29 de maio de 2003 a 1^a Câmara decidiu pela conversão do processo em diligência para verificação, pela ASTEC, dos itens 01 e 03 da autuação. Procedida a diligência, concluiu-se pela correção dos cálculos do item 03 e pela impossibilidade de apuração de incorreções no item 01 face o recorrente não ter juntado os elementos solicitados pela ASTEC em várias oportunidades, tendo se manifestado após a diligência informando que os documentos não foram localizados e protestando pela sua juntada na eventualidade de serem localizados.

Em nova manifestação, esta intempestiva, o recorrente nada traz de novo.

Ouvida a PGE/PROFIS, esta manifestou-se pelo não provimento dos recursos face a ausência de argumentos que os justificassem.

VOTO

Afasto as preliminares de nulidade porque as infrações estão claramente discriminadas como: “O contribuinte não efetuou os estornos de crédito fiscal...”, “Deixou de recolher o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação” e “Deixou de recolher o ICMS em função...”. Além disso o autuante detalhou, quando necessário, a acusação fiscal e indicou o enquadramento legal e as multas propostas. Em outras palavras, o contribuinte sabia, sim, do que estava sendo acusado. Tanto assim que soube defender-se de cada uma das acusações fiscais.

Louva-se o recorrente na redação da Decisão recorrida para justificar a arguição de nulidade, pois o relator da 1^a JJF aponta pelo menos três inadequações do Auto de Infração, segundo seu entendimento. Na análise da Decisão recorrida vê-se que o ilustre Relator diz e se dediz. Melhor não dissesse para não causar dúvidas desnecessárias. Se tivesse havido cerceamento do direito de defesa, certamente que o ilustre relator teria votado pela nulidade e fundamentaria bem o seu voto, como habitualmente o faz.

A concisão na descrição dos fatos obriga o autuante a buscar a precisão e clareza, por isso é sempre desejável. Quanto ao desmembramento de um item em dois, o próprio Relator admite que se trata da mesma infração. Quanto a uma suposta inadequação na demonstração do débito o relator se equivoca. Na hipótese a alíquota aplicável é mesmo de 25%. A base de cálculo é que deveria ser ajustada para que a carga tributária omitida, de 12%, fosse lançada de ofício. Ou seja, afasto a tese de nulidade da decisão porque estão presentes no lançamento fiscal os elementos básicos para se determinar com segurança a infração cometida.

No mérito, mantendo a decisão em relação ao Recurso de Ofício e voto por seu improvimento porque a comprovação de que as saídas foram tributadas enseja o uso do crédito correspondente às respectivas entradas e a comprovação do retorno de parte dos bens autorizou o afastamento do motivo da autuação em relação aos bens retornados ao estabelecimento de origem.

Quanto ao Recurso Voluntário também voto por seu improvimento porque as razões apresentadas pelo recorrente em relação aos itens 01 e 03 não estão lastreadas em elementos probantes e em relação ao item 02 porque o provimento de “facilidades” ou o provimento de acessos são serviços que adicionam valor ao serviço de comunicação, sendo da mesma natureza, ou seja, são prestações onerosas de serviços de comunicação e estão, portanto, sujeitas ao ICMS, nos termos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional imediata e mediata. Acresço que o pensamento da Ministra Eliana Calmon está equivocado porque se baseia em pressuposto falso, o de que um serviço de valor adicionado não é serviço de comunicação. Ora, qualquer serviço que se insere numa prestação de serviço maior pode ser classificado como serviço de valor adicionado. Por exemplo, o serviço de demolição de prédio antigo para construção de prédio novo. Embora seja um serviço de “desconstrução” se insere na prestação com a mesma natureza de serviço de construção civil. Assim, o provimento de acesso, enquanto possa ser tido como não sendo um serviço de telecomunicação, nos termos da legislação pertinente.

Em sua manifestação de 27 de novembro, que afasto porque intempestiva, o recorrente nada traz de novo, senão confirmação de Decisão que poderá um dia tornar-se, ou não, jurisprudência de Tribunal Superior.

Acompanho, portanto a manifestação da PGE/PROFIS, que manifestou-se pelo NÃO PROVIMENTO dos recursos face a ausência de argumentos que os justificassem e voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado em relação às infrações 1 e 3, e em Decisão não unânime quanto à infração 2, e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300199.0012/02-01, lavrado contra **INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$728.824,99**, sendo R\$34.667,02, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$694.157,97, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “a” e “f”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES (QUANTO AO ITEM 2) : Conselheiros - César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS (QUANTO AO ITEM 2): Conselheiros – Fauze Midlej e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Dezembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGF/PROFIS