

A. I. Nº - 279692.0003/02-8
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO S. MEDEIROS, RICARDO R. M. AGUIAR e EDISON LEMOS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 20.03.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-02/03

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE VALORES NO CÁLCULO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. a) ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS. A legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, e por isso, há necessidade de estorno do crédito. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. b) DESINCORPORAÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. c) SAÍDAS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE PARA CONCERTO SEM COMPROVAÇÃO DO RETORNO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SUCATAS. Infrações não contestadas pelo autuado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2002, refere-se a exigência de R\$2.239.660,93 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, tendo em vista que o autuado lançou em seu relatório de faturamento, como isentas ou não tributáveis, serviços de telecomunicações tributados pelo ICMS, no exercício de 1997.
2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de energia elétrica, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos ou não tributados, no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000.
3. Falta de estorno de crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de serviço de comunicação, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos ou não tributados, nos meses de dezembro de 1998; março, agosto, setembro, novembro e dezembro de 1999; janeiro a dezembro de 2000.
4. Falta de estorno de crédito fiscal referente às saídas de bens do ativo permanente para outras empresas, cujo retorno não foi comprovado, no exercício de 1997.
5. Falta de estorno de crédito fiscal referente às saídas de bens do ativo permanente para concerto, cujo retorno não foi comprovado, no exercício de 1997.
6. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, referente a venda de sucata do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, outubro e novembro de 1997.

O contribuinte impugnou o Auto de Infração apresentando preliminar de nulidade, por entender que houve decadência parcial do crédito tributário, considerando que a fiscalização jamais poderia ter arrolado valores envolvendo fatos geradores anteriores a dezembro de 1997, ressaltando que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em dezembro de 2002. Comentou sobre o art. 150, § 4º, do CTN e as análises efetuadas pela doutrina sobre o assunto, citando também, decisões de tribunais administrativos e judiciais. Quanto ao mérito, foi alegado que em relação à primeira infração, a fiscalização exigiu o imposto, sem qualquer estudo mais aprofundado de que nenhum dos produtos oferecidos pelo autuado estaria fora do alcance do ICMS, e nenhum dos produtos foi oferecido para entidades e órgãos isentos. Disse que a fiscalização utilizou o Relatório IMP7R01 (Demonstrativo Sintético de Arrecadação do ICMS), apresentando nas razões de defesa a definição de cada uma das seguintes colunas do mencionado demonstrativo: serviço, valor tributável, valor do ICMS, valor isento e valor não tributável. O defendente informou ainda, que o autuado trabalha com variados serviços, os quais são oferecidos a diversos clientes, sendo que esses produtos diferem em aspectos basilares, de forma que, um cliente pode contratar um produto e optar em utilizar serviços a, b, ou c, ou ainda, todos os serviços em conjunto, conforme o seu interesse; quando o autuado contrata com o cliente um determinado produto, oferece além dos serviços de comunicação, uma gama de outras possibilidades e serviços. Assim, o defendente informou que anexou às razões de defesa diversas faturas emitidas a clientes do autuado onde se poderá comprovar que, para cada produto oferecido são cobrados diferentes valores a cada serviço, ressaltando que é elaborado um Demonstrativo Detalhado de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP930R1) capaz de distinguir, para cada produto, os serviços deles constantes e os respectivos valores cobrados, e a fiscalização não se ateve aos pormenores e especialidades, tributando serviços que não estavam sob a incidência do ICMS, a exemplo de um determinado cliente que tenha contratado dois serviços, a efetiva comunicação entre dois pontos e o aluguel de um equipamento específico. Neste caso, entende que é devido o ICMS somente pelo serviço de telecomunicação, sendo tributada pelo ISS a locação dos bens móveis.

Infrações 02 e 03: O defendente alegou que ao se considerar que nas colunas isentas e não tributáveis estariam supostamente refletidos serviços de telecomunicações prestados pelo autuado, acreditou-se ter encontrado valores a serem estornados, relativamente a créditos de ICMS apropriados a título de entradas de energia elétrica e de comunicação. Ressaltou que, de acordo com as alegações defensivas do item anterior, as quantias consignadas na coluna isentas e não tributáveis dos Demonstrativos Sintéticos de Apuração do ICMS não se referem a prestações de serviços de telecomunicações não tributados ou isentos, e sim, a atividades de aluguel de equipamentos ou de móveis, serviços de manutenção ou instalação, etc.

O defendente alegou ainda, que existiu incongruência de princípios, considerando que a fiscalização tributou todos os valores constantes das colunas isentas e não tributáveis, o que acabaria por constituir créditos tributáveis. Por outro lado, nas infrações 02 e 03, foi exigido o estorno de créditos fiscais de ICMS apropriados pelo autuado por ter prestado serviços isentos e não tributados.

Por fim, o defendente pede que seja acolhida a preliminar de nulidade, reconhecendo a decadência parcial referente aos valores anteriores ao mês 12/97, e se assim não for entendido, que seja reconhecida a improcedência da autuação.

Os autuantes apresentaram informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que em relação à alegação defensiva de que houve decadência parcial, os trabalhos relativos ao lançamento fiscal referente ao exercício de 1997 foram iniciados e concluídos no curso do exercício de 2002, dentro do prazo estabelecido no RICMS-BA. Transcreveram o art. 965 e Parágrafo Único do mencionado Regulamento.

Quanto ao mérito, os autuantes informaram que em relação à primeira infração, a sistemática utilizada é consistente, foi baseada em relatório analítico do próprio contribuinte, e após análise cuidadosa e criteriosa das características essenciais dos serviços oferecidos, foram excluídos os códigos cujos serviços não estão no âmbito do ICMS. Citaram exemplos. Informaram que os códigos e serviços considerados no levantamento fiscal estão legalmente no âmbito de incidência do ICMS, inclusive serviços em que o autuado utiliza-se da nomenclatura de “aluguéis de equipamentos e aluguéis de bens móveis e instalação de equipamentos”. Ressaltaram que foi utilizado Relatório Sintético do contribuinte que é originário de seu Relatório Analítico, e apresenta dados de maneira clara, precisa e objetiva, sendo que os aluguéis de bens móveis e equipamentos de telecomunicação, a exemplo de modem, chave selecionadora, circuito integrado, unidade derivação, micro estação e outros estão no campo de incidência do ICMS, considerando que se encontram totalmente associados e vinculados ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, haja vista que são imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos, e sem tais equipamentos não haveria qualquer possibilidade de ocorrer a prestação do serviço de telecomunicação. Foi citado e acostado aos autos Parecer da DITRI referente a consulta sobre a incidência de ICMS na locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicação por empresa de telefonia fixa. Além de decisões administrativas sobre o assunto, foram citados e transcritos os seguintes dispositivos legais: arts. 155, II e 156, III, da Constituição Federal; art. 2º, da Lei Complementar 87/96; art. 2º, VII e § 1º, incisos I e V, da Lei nº 7.014/96, art. 60 da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Infrações 02 e 03: os autuantes argumentaram que a legislação sobre o assunto é bem clara e por isso, entendem que não se deve considerar as alegações do autuado de que os serviços por ele lançados como isentos e não tributados não se referem a serviços de telecomunicações. Citaram e transcreveram os arts. 93 e 100 do RICMS/97.

Os autuantes admitiram que na elaboração da planilha de cálculo para apuração do imposto não foram excluídos os valores constantes da infração 01, e isso fez com que o coeficiente para cálculo do estorno ficasse superior ao correto, elevando os valores dos estornos de crédito, além do devido. Por isso, foram procedidas as correções, alterando-se os valores relativos ao exercício de 1997, da infração 02, conforme demonstrativo constante da informação fiscal, à fl. 481 do PAF. Quanto aos exercícios de 1998 a 2000, opinaram pela exclusão de todos os valores lançados a título de estorno de crédito, considerando que ainda estão em andamento os trabalhos de fiscalização dos mencionados exercícios e não há como precisar exatamente quais os valores relativos às operações isentas e não tributáveis da empresa para calcular o estorno efetivamente devido, o mesmo ocorrendo em relação à infração 03, exercícios de 1998 a 2000, que opinaram pela exclusão dos valores, pelos mesmos motivos expostos anteriormente.

Infrações 04, 05 e 06: Destacaram que não houve qualquer manifestação pelo autuado, e por isso, entendem que está comprovada a veracidade dos lançamentos fiscais. Por fim, pedem que seja decidido pela procedência total dos itens 01, 04, 05 e 06, e parcialmente o item 02, com exclusão do item 03 do Auto de Infração.

Tendo em vista que foram acostados novos elementos aos autos pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, o PAF foi encaminhado à INFAZ de origem para dar ciência ao autuado, o que foi providenciado, conforme assinatura do representante legal à fl. 489 do PAF.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade argüida pelo defendente sob a alegação de que houve decadência parcial quanto ao lançamento fiscal referente ao exercício de 1997, observo que o prazo decadencial ainda não havia expirado na data da autuação, considerando que a sua contagem inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme

art. 965, inciso I, do RICMS/97, que reproduz os termos constantes do art. 173, inciso I, do CTN. Assim, na data de lavratura do Auto de Infração, 17/12/2002, ainda não havia ocorrido a decadência relativamente ao exercício de 1997, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, constata-se que o primeiro item do Auto de Infração é decorrente da falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista que o autuado lançou como isentas ou não tributáveis, serviços de telecomunicações tributados pelo ICMS, correspondentes ao exercício de 1997.

Nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, fls. 26 a 29 dos autos, foram relacionados os códigos e respectivos valores considerados, com base em relatórios de faturamento do próprio autuado, fls. 96 a 144 do PAF, constando os códigos dos serviços prestados, sendo anexado ainda, o Portifólio com a descrição de cada serviço, documento também emitido pelo autuado, ficando comprovadas as características e especificidade dos mencionados serviços favorecendo quanto à definição, se estão inseridos no âmbito de incidência do ICMS.

Foi alegado nas razões de defesa, que a fiscalização não se ateve aos pormenores e especialidades, tributando serviços que não estavam sob a incidência do ICMS, a exemplo de aluguel de equipamento, que neste caso, entende que é devido o ICMS somente pelo serviço de telecomunicação, sendo tributada pelo ISS a locação dos bens móveis. Entretanto, constata-se que não há prestação de serviço de telecomunicação sem utilização dos equipamentos necessários à sua execução.

Assim, considerando que na oferta de serviço de telecomunicação inclui a disponibilidade de equipamentos sem os quais não há a prestação do mencionado serviço, entende-se que incide o ICMS sobre os serviços objeto do levantamento fiscal, inclusive o aluguel dos equipamentos, ressaltando-se que esse também é o entendimento constante do Parecer DITRI/GECOT, fls. 484 a 487 do PAF, respondendo consulta sobre a incidência de ICMS na locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicação por empresa de telefonia fixa.

Entendo que está caracterizada a infração apurada, haja vista que incide o ICMS nas prestações dos serviços de comunicação, incluindo-se na base de cálculo os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura, bem como os serviços complementares. Assim, é subsistente a exigência fiscal neste primeiro item do Auto de Infração.

As infrações 02 e 03 foram impugnadas pelo autuado sob a alegação de que as quantias consignadas nas colunas isentas e não tributáveis dos Demonstrativos Sintéticos de Apuração do ICMS não se referem a prestações de serviços de telecomunicações não tributados ou isentos, e sim, a atividades de aluguel de equipamentos ou de móveis, serviços de manutenção ou instalação, e que existiu incongruência de princípios, considerando que a fiscalização tributou todos os valores constantes das colunas isentas e não tributáveis, o que acabaria por constituir créditos tributáveis, mas foi exigido o estorno de créditos fiscais de ICMS apropriados pelo autuado por ter prestado serviços isentos e não tributados.

Reconhecendo equívoco no levantamento fiscal, os autuantes admitiram que na elaboração da planilha de cálculo para apuração do imposto não foram excluídos os valores constantes da infração 01, e isso fez com que o coeficiente para cálculo do estorno ficasse superior ao correto, elevando os valores dos estornos de crédito, além do devido. Por isso, foram procedidas as correções, alterando-se os valores relativos ao exercício de 1997 da infração 02, conforme demonstrativo constante da informação fiscal, à fl. 481 dos autos, solicitando ainda a exclusão dos valores relativos ao exercício de 1998, bem como, a infração 03.

Observo que a legislação estabelece que, se algumas operações forem isentas e outras forem tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo

imposto, e por isso, há necessidade de estorno do crédito, ressaltando-se que o autuado tomou conhecimento da informação fiscal, conforme assinatura do representante legal à fl. 489 do PAF, e não foi apresentado qualquer questionamento. Assim, considero que é parcialmente procedente a infração 02, nos valores indicados à fl. 481, e insubsistente a infração 03.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não contestou as infrações 04, 05 e 06, haja vista que foram impugnados apenas os itens 01 a 03 do Auto de Infração. Por isso, considero procedente os itens não impugnados, tendo em vista que não existe controvérsia, sendo acatados tacitamente pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, haja vista que foi considerada improcedente a infração 03 e parte da segunda infração, relativamente ao exercício de 1998, ficando alterado o total do débito, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	DÉBITO	OBS
01	PROCEDENTE	1.683.886,79	FL. 02
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.090,51	FL. 481
03	IMPROCEDENTE	-	-
04	PROCEDENTE	220.292,20	FL. 05
05	PROCEDENTE	80.349,28	FL. 05
06	PROCEDENTE	16.751,60	FL. 06
TOTAL	-	2.002.370,38	-

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279692.0003/02-8, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.002.370,38**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” e VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Recorre-se de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR