

A. I. Nº - 300199.0012/02-0
AUTUADO - INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR e EDISON LEMOS
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 10.04.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-01/03

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/12/02, apura os seguintes fatos:

1. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à desincorporação de bens do Ativo Imobilizado, exigindo-se imposto no valor de R\$ 209.815,69, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento de ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação (“facilidades”), exigindo-se imposto no valor de R\$ 570.094,49, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude da adoção de redução da base de cálculo do imposto nas prestações de serviços internacionais de telecomunicações, uma vez que, a partir de 1/5/00, o Convênio ICMS 27/94, que concedia aquela redução, não se encontrava mais em vigor, por ter sido revogado pelo Convênio ICMS 7/00, exigindo-se imposto no valor de R\$ 30.582,04, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se alegando preliminarmente a nulidade do lançamento por falta de motivação jurídica e por descrição imprecisa dos fatos.

No mérito, no que concerne ao 1º item do Auto de Infração, que cuida do cancelamento, pelo fisco, de créditos relativos a bens do Ativo Imobilizado, a defesa protesta que o princípio da não-cumulatividade assegura o crédito do imposto quando as saídas são tributadas. Assinala que as únicas hipóteses de vedação de crédito são as estipuladas no art. 155, § 2º, II, da Constituição. Cita doutrina. Relaciona 28 Notas Fiscais em que foi feito o destaque do imposto na saída dos bens, argumentando que, em relação a estes, é legal a manutenção do crédito. Além disso, os bens remetidos através da Nota Fiscal 110 retornaram ao estabelecimento, através da Nota Fiscal 1704.

Quanto ao 2º item, que trata dos serviços prestados sob a rubrica “facilidades”, a defesa sustenta a tese de que não se refere a serviços tributáveis pelo ICMS, pois não se enquadram no conceito jurídico de “comunicação”. Frisa que nem todo serviço prestado por empresa que se dedique à prestação de serviços de telecomunicação se encontra sujeito ao ICMS. As chamadas “facilidades” são meros serviços acessórios do serviço de comunicação. No conceito de “facilidades” estão compreendidos os serviços de “distribuição percentual”, “reencaminhamento de chamadas”, “distribuição cíclica” e “fila de espera”. Trata-se de programações desenvolvidas pela empresa de acordo com a conveniência e especificações de seus clientes, a fim de otimizar suas atividades. Tais serviços apenas acrescentam uma “customização” a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte. As referidas “facilidades” desempenham papel semelhante ao do responsável na torre de controle de um aeroporto pela escolha da melhor pista de pouso para cada aeronave em dada circunstância, cuja função não configura prestação de serviço de transporte. A seu ver, ao se pretender tributar os aludidos serviços, chegar-se-ia ao absurdo de considerar que as gravações efetuadas pelo equipamento popularmente conhecido como “secretaria eletrônica” seriam serviços de comunicação sujeitos ao ICMS. Conclui salientando que os serviços em discussão tanto não constituem comunicação que, na ausência de uma ligação telefônica, a rede “customizada” pela empresa não tem utilidade alguma.

No tocante ao 3º item, a defesa argumenta que o Convênio ICMS 27/94 perdeu sua vigência em 24/4/00, sendo que os documentos fiscais em que se baseou o fisco se referem a períodos anteriores à revogação do referido convênio, que previa a redução da base de cálculo do imposto, pois dizem respeito a ligações internacionais faturadas antes de 24/4/00. Aponta como exemplos as Notas Fiscais 15567, 19075, 5533 e 9211. Reclama ainda que não foram computados os valores efetivamente pagos pela empresa à alíquota de 13%. Alega que, caso fosse procedente a exigência fiscal, só poderia ser cobrada a diferença do imposto (alíquota de 25% menos alíquota de 13%). Cita jurisprudência acerca da nulidade do lançamento por inobservância do princípio da verdade material.

Conclui pedindo que sejam acolhidas as preliminares suscitadas, ou, no mérito, a insubsistência do lançamento.

Foi prestada informação por um dos fiscais responsáveis pelo lançamento. O informante considera descabida a preliminar de nulidade, porquanto foram entregues ao autuado cópias de todas as planilhas de memória de cálculo do levantamento fiscal, bem como dos documentos fiscais e demonstrativos anexos aos autos. Diz que as infrações estão descritas e foi indicado o enquadramento legal.

Na abordagem dos fatos, o autuante transcreve os dispositivos regulamentares que considera pertinentes ao 1º tópico do Auto de Infração. Conclui que, se a empresa acredita que efetuou recolhimento indevido, já que em 28 Notas Fiscais de saídas de bens do Ativo Imobilizado consta o destaque do imposto, deve pedir restituição. No seu entender, não há prova da falta de prejuízo para o Estado, uma vez que a empresa não anexou os documentos de aquisição dos bens desincorporados.

Com relação aos bens constantes na Nota Fiscal 110, o autuante afirma que “concordamos com a autuada e procedemos a exclusão do crédito fiscal estornado, no valor de R\$ 6.366,64”.

Quanto ao 2º item, o fiscal transcreve trechos do RICMS e do Convênio ICMS 69/98, para demonstrar que “facilidades” são um tipo de serviço tributável pelo ICMS.

No tocante ao 3º item, o fiscal assegura que as Notas Fiscais anexadas pela defesa não foram objeto da autuação em lide.

VOTO

As duas questões suscitadas neste caso pela defesa como preliminares de nulidade – falta de motivação do lançamento e cerceamento de defesa em face da forma imprecisa como os fatos são narrados – resumem-se a uma só.

O fisco tem o dever de demonstrar em que se baseou para lançar o imposto, tanto no que concerne aos fatos como no que concerne ao direito. O art. 39 do RPAF exige que a descrição dos fatos seja feita de forma clara, precisa e sucinta. Não precisa descer a minúcias supérfluas, mas os aspectos relevantes devem ser registrados, para que o acusado possa defender-se, se pretender fazê-lo.

O Auto de Infração é emitido atualmente através de um programa de computador que faz a descrição dos fatos por meio de descrições padronizadas, segundo modelos previamente fixados na memória do sistema. Na lavratura do Auto de Infração, o fiscal verifica o código que a seu ver corresponde ao tipo de infração constatado, e o sistema automaticamente descreve a imputação. Porém não é o “sistema” quem emite o Auto de Infração. Por questão de competência, quem a rigor lava o Auto de Infração é o auditor fiscal. Como o sistema não tem condições de prever todas as situações, circunstâncias e particularidades passíveis de ocorrer na atividade fiscalizadora, cabe ao fiscal, em face da descrição-padrão fornecida pelo sistema, fazer as adaptações devidas, para que o sujeito passivo possa inteirar-se do exato teor da acusação.

No caso em exame, observo que o 1º item diz respeito ao cancelamento de créditos fiscais relativos a bens do Ativo Imobilizado que saíram do estabelecimento por transferência e remessas para conserto, reparo e troca, tendo os autuantes concluído que houve desincorporação dos mesmos. Estas coisas não foram ditas no Auto de Infração. Chego a estas conclusões analisando em conjunto o Auto de Infração e os demonstrativos fiscais que o compõem. Por

conseguinte, embora o ideal fosse a descrição dos fatos de forma clara no corpo do Auto de Infração, não houve cerceamento de defesa porque a descrição feita no Auto foi complementada pelos anexos que integram o Auto de Infração. Cópias dos aludidos anexos foram entregues ao sujeito passivo. Considero, ainda, que o ideal seria que este item 1º tivesse sido desmembrado em dois, pois envolve operações de transferência e remessas de bens para conserto, reparo e troca, haja vista que o regime jurídico das “transferências” de bens para outros estabelecimentos da mesma empresa é diverso do regime jurídico das citadas “remessas”. Porém, considerando que o fisco se baseou na presunção de que a falta de retorno dos bens implicaria desincorporação dos mesmos, é admissível a junção dos dois fatos em um só.

Não acolho, por isso, as preliminares suscitadas pela defesa.

Passo ao exame do mérito.

O 1º item do auto de Infração diz respeito à glosa de créditos fiscais de bens do Ativo Imobilizado que saíram do estabelecimento por transferência e remessas para conserto, reparo e troca. A defesa provou que vários bens saíram tributados pelo imposto. Provou também que os bens a que se refere a Nota Fiscal 110 retornaram ao estabelecimento através da Nota Fiscal 1704 do estabelecimento da mesma empresa situado no Rio de Janeiro. O fiscal que prestou a informação concorda que seria o caso de a empresa pedir a restituição dos valores destacados nos documentos fiscais. No que concerne aos bens objeto da Nota Fiscal 110, o fiscal, embora diga na informação que “concordamos com a autuada e procedemos a exclusão do crédito fiscal estornado, no valor de R\$ 6.366,64”, não procedeu, como afirma, à exclusão do valor assinalado.

Em respeito ao princípio da não-cumulatividade, devem ser respeitados os créditos relativos aos bens cujas saídas posteriores foram tributadas. Também deve ser excluída a quantia de R\$ 6.366,64, tendo em vista que os bens relacionados na Nota Fiscal 110 retornaram ao estabelecimento através da Nota Fiscal 1704 do estabelecimento da mesma empresa situado no Rio de Janeiro.

Com base nos demonstrativos às fls. 25, 43, 79, 83 e 87, excluindo-se os valores relativos às 28 Notas Fiscais emitidas com destaque do imposto e a parcela concernente à Nota fiscal 110, cujos bens retornaram ao estabelecimento, o débito do 1º item fica assim:

DATA OCORR.	DATA VENC.	REFERÊNCIAS	ICMS (R\$)	
			VALOR LANÇADO	VALOR DEVIDO
31/03/2000	09/04/2000	NF 18, fls. 79 e 87	4.747,79	131,29
31/07/2000	09/08/2000	NF 40, fls. 79 e 87	3.360,00	3.360,00
30/09/2000	09/10/2000	NF 45, fls. 79 e 87	1.412,16	594,96
30/04/2001	09/05/2001	NF 78, fls. 83 e 87	2.934,65	48,37
30/06/2001	09/07/2001	fls. 43, 54 e 87	100.326,72	99.924,72
31/07/2001	09/08/2001	NF 112, fls. 43, 87, 320 e 321	6.768,64	402,00
31/08/2001	09/09/2001	fls. 43, 83 e 87	7.558,74	7.558,74
30/09/2001	09/10/2001	fls. 43 e 87	2.615,85	2.615,85
31/10/2001	09/11/2001	fls. 43 e 87	9.642,43	9.642,43
30/11/2001	09/12/2001	fls. 43 e 87	1.734,42	1.734,42
31/12/2001	09/01/2002	fls. 43 e 87	2.135,68	2.135,68
			Soma	128.148,46

No tocante ao 2º item do Auto de Infração, que diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação na rubrica “facilidades”, a defesa sustenta a tese de que não se trata de serviços tributáveis pelo ICMS, pois não se enquadram no conceito jurídico de “comunicação”. Frisa que as chamadas “facilidades” são meros serviços acessórios do serviço

de comunicação, a fim de otimizar suas atividades, pois apenas acrescentam uma “customização” a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte.

O ICMS, do mesmo modo que não incide sobre mercadorias, mas sim sobre operações relativas à circulação de mercadorias, também não incide sobre comunicação, mas sobre prestações de serviços de comunicação. Quando a defesa diz que as aludidas “facilidades” são serviços acessórios do serviço de comunicação, acrescentando uma “customização” a uma comunicação preexistente que lhes dá suporte, está com isso, sem querer, reconhecendo que o aludido serviço integra inquestionavelmente o campo de incidência do ICMS. Os acessórios seguem a sorte do principal. O art. 54 do RICMS/97, ao tratar dos acréscimos e dos descontos relativos ao valor das operações e prestações, prevê que se incluem na base de cálculo do imposto todas as importâncias que representem 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.

No caso do 3º item, que cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude da adoção de redução da base de cálculo do imposto após cessados os efeitos do convênio que previa aquele benefício, a defesa alega que os documentos fiscais em que se baseou o fisco se referem a períodos anteriores à revogação do referido convênio pois correspondem a ligações internacionais faturadas antes de 24/4/00. Aponta como exemplos as Notas Fiscais 15567, 19075, 5533 e 9211.

Ocorre que, pelos elementos acostados aos autos, as Notas Fiscais apontadas pela defesa “a título de exemplo” não foram objeto da autuação em apreço. As Notas Fiscais 15567, 19075, 5533 e 9211 constam na listagem às fls. 90 a 97. Analisando o demonstrativo à fl. 89, observo que as parcelas dos documentos listados às fls. 90 a 97 não integram o débito lançado.

Ainda no tocante a este item 3º, a defesa reclama ainda que não foram computados os valores efetivamente pagos pela empresa à alíquota de 13%. Protesta que o fisco, em vez de cobrar a diferença do imposto (alíquota de 25% menos alíquota de 13%), está cobrando o tributo à alíquota total de 25%, sem levar em conta que a empresa já pagou 13%.

Na verdade, o que houve foi uma inadequação da demonstração do débito no Auto de Infração. Realmente consta no Auto de Infração a estipulação do cálculo à alíquota de 25%. Entretanto, analisando os demonstrativos fiscais, concluo que o cálculo foi feito corretamente. Houve apenas erro de forma, sem repercussão nos cálculos. Na lavratura do Auto de Infração não foi observada a regra do art. 39, IV, “c”, do RPAF/99. Quando se cobra diferença ou complementação de alíquota, a diferença não é uma “alíquota”. Daí o dispositivo surpacitado fazer referência a “a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo”. Mas isso não é motivo de nulidade do procedimento, como alega a defesa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300199.0012/02-0, lavrado contra **INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 728.824,99**, atualizado monetariamente, acrescido da

multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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, 7 de abril de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA