

PROCESSO - A.I. N° 278996.0003/01-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL
RECORRIDOS - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0210-03/02
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 29.07.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0165-12/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão. Revisão fiscal levantada a efeito, apontou, via Parecer Técnico, o *quantum* devido, após as correções e adequações decorrentes do confronto entre os valores lançados ao balancete analítico e na escrita fiscal. Infração caracterizada em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração caracterizada. b) UTILIZAÇÃO A MAIS. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. Modificada a Decisão. A autuação alcançou fatos geradores envolvendo a vigência do RICMS/89 (até junho/96) e RICMS/96. Impossibilidade de retroação da lei para alterar fatos pretéritos relacionados à apuração do imposto que vigia sob a égide de outra lei que foi revogada. Infração caracterizada em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS. Infração confirmada. 4. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. Infração confirmada. Rejeitada a argüição de decadência. Recurso de Ofício PARCIALMENTE PROVADO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão por maioria. Quanto às infrações 4, 5, 6, 8 e 9. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, impetrados contra a Decisão exarada pela 3^a JJF, através do Acórdão n° 0210-03/02, que unanimemente julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, a teor do art. 169, Inciso I, “b”, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99 e alterações posteriores.

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/01, exige ICMS e acréscimos tributários originalmente no valor de R\$1.798.157,20. Em síntese o Auto de Infração trata de divergências entre os documentos fiscais e os registros dos livros; Utilização indevida de Crédito Fiscal; Falta de Recolhimento de Diferencial de alíquota, sendo apontadas em 9 (nove) supostas irregularidades, (fls. 1 a 6):

1. “Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Apurado mediante levantamento fiscal-contábil, no confronto, análise conciliação das receitas registradas nos livros contábeis com as lançadas no DA-ICMS”;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme se apurou no DA-ICMS, registrado como outros créditos, cujas mercadorias são oriundas deste Estado”;
3. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Aquisição de óleo diesel da Petrobrás Distribuidora S/A, em substituição a energia elétrica, para utilização em geradores, em percentual superior a 50%, conforme se comprova no DA-ICMS do mês de setembro/96”;
4. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Nota Fiscal nº 66913 [...] referente a reajuste de preço das Notas Fiscais nºs 339822 e 349931 [...], de aquisição de equipamentos, sujeitas ao pagamento do ICMS diferencial de alíquota à época do fato gerador”;
5. “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias” (utilização do crédito fiscal destacado na nota fiscal/ conta de energia em percentual superior a 50%);
6. “Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias” (referente registro no DA-ICMS no mês de abril, do crédito extemporâneo correspondente ao período de junho/94 a abril/96, utilizado em percentual superior a 50%);
7. “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas de sucata através da Nota Fiscal nº 1343, emitida em 29/11/96 [...]”;
8. “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”;
9. “Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela diferença de alíquota, pago intempestivamente porém espontâneo”.

Inicialmente, ao prolatar seu voto, o D. relator da 3^a Junta de Julgamento Fiscal rejeita as preliminares suscitadas e deixa de acatar o pedido de diligência requerido, em relação aos fatos ocorridos até o mês de novembro/96, sob os seguintes argumentos:

NULIDADE POR VÍCIOS INSANÁVEIS NA PEÇA DA EXIGÊNCIA FISCAL – Assevera que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não havendo erro o vício que possa decretar a sua nulidade, a teor do art. 18 do RAPF/99, por essa razão afastou a nulidade apontada.

DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - Deixa de acatar a decadência argüida em relação aos fatos geradores ocorridos até o mês de novembro/96, sob o fundamento de que o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário somente se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, inciso I, do CTN e art. 965, I, do RICMS/96). O Auto de Infração foi lavrado em 28/12/01 e a extinção do direito da Fazenda Estadual, de constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 1996, somente se daria em 31/12/01.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - Rejeita também o pedido formulado pelo autuado, invocando o disposto no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

Decidindo sobre o mérito, o D. Julgador da 3^a Junta de Julgamento considerou Procedente em Parte a exigência fiscal, com redução do valor exigido no Auto de Infração, referente às infrações 1, 5 e 6, e manteve a Procedência nas infrações de n^{os} 2; 3; 4; 7; 8 e 9.

Infração 1 – Não foi considerado o argumento da defesa de que dentre os serviços por ele oferecidos, há serviços que não estão sujeitos ao ICMS. No entanto, com relação aos valores do serviço de telefonia 0900 do mês de junho/96, procedem as alegações defensivas, reconhecidas pelos autuantes (o valor encontra-se duplicado – fls. 11 e 12) erro na demonstração da base de cálculo, corrigindo-se o valor do mês de junho/96, que passa a ser R\$ 79.071,85.

Infrações 2 e 3 - Diz que o autuado não contestou o mérito da autuação, limitando-se a questionar a decadência do crédito tributário, fato já abordado na análise das preliminares de nulidade. Afirma que o cometimento da infração ficou perfeitamente caracterizado, com base no que dispõe o art. 97, II, do RICMS/89.

Infração 4 – Assevera que o autuado não tem direito ao crédito destacado na Nota Fiscal nº 66913, de 16/12/96, da Equitel, uma vez que esta nota fiscal, não se refere à aquisição de ativo fixo naquela data, mas tão-somente a reajuste do preço dos equipamentos adquiridos em 16/04/93 e 01/07/93.

Infrações 5 e 6 - No período em exame, havia a necessidade do contribuinte comprovar o real consumo de energia elétrica vinculado às suas saídas tributadas, para fazer uso do crédito fiscal.

No entanto, como a comprovação não foi feita, aduz que o art. 94, inciso VI do supracitado regulamento, e o art. 93, parágrafo 9º, inciso II, “b”, do RICMS/96, abriu a possibilidade, para empresa comercial, para uso do crédito independentemente de comprovação, nos seguintes termos:

- o valor correspondente a 85% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento comercial (a partir de 1º de janeiro de 1993 – RICMS/89 – Decreto nº 2.460/89);

Infração 7 - não houve manifestação do sujeito passivo o que implica em concordância tácita com a exigência imposta.

Infração 8 - o impugnante afirma que o imposto questionado foi devidamente recolhido. No entanto, as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 84 a 97 e os respectivos DAEs, foram devidamente considerados na ação fiscal, sendo constatado recolhimento a menos do imposto, valor este exigido no presente item da autuação.

Infração 9 - o autuado recolheu intempestivamente o valor do ICMS diferencial de alíquota sem os acréscimos legais. Não houve manifestação do sujeito passivo o que implica em concordância tácita com a exigência imposta.

Ao final, votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, ficando o valor do débito reduzido para R\$1.663.012,87, de acordo com os demonstrativos de débito, às fls. 2 a 5, retificando apenas o relativo à infração 1, cuja ocorrência de 30/06/96 passa a exigir imposto no valor de R\$ 79.071,85, e os relativos às infrações 5 e 6 que passam a ser os descritos no demonstrativo transcritos no seu voto, (fl. 329 dos autos):

Dessa Decisão, ambas as partes recorreram. O Fisco através de Recurso de Ofício, contra o resultado das infrações 1, 5 e 6 e, o Contribuinte, através Recurso Voluntário, atacando, principalmente, a forma utilizada pelo fisco, para a apuração dos valores exigidos.

Do Recurso Voluntário (fls. 343 a 368 dos autos)

O recorrente, repetindo os argumentos já expendidos na defesa, chamando a atenção para o fato de que o autuante, não atentou que para determinados serviços, tais como: Radiodifusão Sonora,

TV Programada, Serviços de Reimpac, etc. são elaboradas estimativas contábeis, as quais, posteriormente, são estornados para o registro dos valores reais, esses sim consignados no DA-ICMS, alega, em síntese, que o Auto de Infração é improcedente pelas seguintes razões:

- a) Ocorreu a decadência referente ao exercício de 1996;
- b) Há erros nos levantamentos referentes ao item 1;
- c) Que a Nota Fiscal nº 66913 emitida pelo Equitel S/A se refere a complementação do valor de aquisição de ativo fixo, daí a possibilidade da utilização do crédito fiscal;
- d) Que os percentuais de energia elétrica foram baseados em laudo técnico, e que esse laudo foi entregue à Secretaria da Fazenda, conforme doc. 4;
- e) Que o diferencial de alíquota foi recolhido de forma correta e requer os comprovantes de recolhimentos considerados pelos Autuantes, assim como as notas fiscais objeto do item.

O recorrente faz a juntada de documentos e demonstrativos para confrontar os números apresentados pelo autuante, com relação à Infração 1 e insiste que, devido ao método equivocado utilizado pelo autuante, o Auto de Infração apresenta um valor totalmente incorreto.

Submetido o PAF, à Ilustre Procuradoria, esta, em relação à alegação de decadência, esclarece que, razão não assiste ao recorrente, pois o CTN estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário decai em 5 anos a contar do dia do fato gerador, salvo estipulação diversa. A legislação baiana estabelece que o início do prazo decadencial será o primeiro dia do exercício seguinte ao do fato gerador (art. 965 do RICMS). Assim, em relação ao exercício de 1996, o prazo decadencial se iniciou em janeiro de 1997 e terminaria em 31/12/2001. O Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2001, dentro do prazo legal.

Diz que os erros apontados quanto ao item 1 já foram analisados pelos autuantes e pela Douta 3ª JJF, que corrigiu o levantamento.

Quanto ao direito ao crédito referente à Nota Fiscal nº 66913, também diz que razão não assiste ao recorrente, pois o fato gerador ocorreu anteriormente à LC nº 87/96.

Diz que o laudo técnico juntado para respaldar o uso do crédito de energia, nada mais é do que uma consulta sobre o direito de utilização de crédito de óleo diesel.

Quanto ao diferencial de alíquota, os autuantes afirmam que consideraram os valores recolhidos pelo recorrente, mas que as planilhas de fls. 84 a 97 revelam valores ainda a recolher. Ao final, opina pelo Não Provimento dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Para elucidar as razões do Recurso Voluntário interposto, este relator, considerando as razões do recorrente contra o método de apuração equivocada, utilizada pelo autuante, sugeriu a este Colegiado a realização de diligência pela ASTEC para ser efetuada uma revisão fisco-contábil visando *conferir os elementos que são objeto do Recurso Voluntário, referentes à infração 1*, separando as Contas e Sub-contas sujeitas ao ICMS e as que não estão sujeitas àquela exação. Solicita também que seja efetuada a conciliação dos balancetes analíticos com os DA-ICMS de cada conta e, ao final seja apurado o valor efetivamente devido, se houver.

Atendendo a diligência solicitada, o que se fez em dois momentos distintos, cujo Parecer conclusivo encontra-se às fls. 539 a 433, o Sr. Fiscal Revisor apresenta Parecer Técnico, no qual ressalta que *“As dívidas que, surgiram no transcurso dos exames, foram esclarecidas por prepostos do setor fiscal e jurídico do autuado, cuja sede, no Rio de Janeiro, centraliza a gestão desses serviços.”*

Ao término do minucioso trabalho de revisão fiscal elaborado, conclui da forma a seguir transcrita:

“...após as correções e adequações procedidas com base no confronto dos valores dos lançamentos das contas do Balancete Analítico com os seus respectivos lançamentos a débito no DA-ICMS, o débito original da infração 1 que era de R\$1.266.964,21, sofreu uma redução em decorrência dos ajustes, resultando no débito de R\$254.847,96, conforme explicitado no Demonstrativo 1. Alternativamente, apresentamos o demonstrativo 2 que, além das correções aludidas foram excluídos os serviços indicados e comprovados o seu recolhimento do imposto pelo autuado como sendo do campo de incidência do ISS, resultando no débito de R\$167.246,50, conforme planilhas juntadas aos autos.”

Manifestando-se sobre a Diligência, (fls. 525 a 530), o recorrente, ressalta, em síntese o que segue:

[...].

“Ocorre, por outro lado, que enquanto as receitas nos livros contábeis são registradas pela competência no mesmo mês da prestação do serviço, os livros fiscais, como deve ser claríssimo, são elaborados a partir das notas fiscais/faturas emitidas, o que, em muitos casos, somente ocorrerá em mês posterior ao da efetiva prestação de serviço”.

[...].

“Do que se vê, claríssimas são as palavras do ilustre perito em sua diligência na medida em que, tratando-se de sistemas diversos, jamais seria possível para os autuantes compararem de forma precisa os livros fiscais com os registros contábeis.”

Ainda com relação à restante diferença encontrada pelo perito, informa o recorrente que outro motivo para a não conciliação dos R\$254.847,96 ou R\$ 167.246,50 os denominados lançamentos de previsão nos Balancetes Analíticos destacando-se as palavras expostas na diligência elaborada. Razão pela qual, requer a *exclusão da Infração 1* da exigência fiscal.

Encaminhado os autos à PGE/PROFIS, para “Parecer Jurídico”, conclusivo, sobre se o valor remanescente apurado pelo diligente, está sujeito à incidência do ICMS ou ISS, esta diz que a Lei Complementar nº 87/96, estabelece em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “*prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza*” Se o remanescente do débito está dentro desse contexto, está dentro do campo do ICMS.

Todavia, tal circunstância pode ser confirmada/esclarecida pelo fiscal diligente, por solicitação do Sr. relator, se porventura ainda entender necessário. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1)

Foram enviados para a Segunda Instância para julgamento em sede de Recurso Voluntário as infrações 1, 4, 5, 6, 8 e 9 enquanto que, em sede de Recurso de Ofício foram remetidas as infrações 1, 5 e 6 no tocante a parte desonerada pela Primeira Instância.

Em preliminar o recorrente argüiu a decadência dos fatos geradores ocorridos até o mês de novembro de 1996, a qual não acolho por considerar que este argumento já foi enfrentado e corretamente afastado no julgamento recorrido, cuja fundamentação esposada pela Junta de Julgamento, nos termos a seguir reproduzido, a mantendo: “*(...) a decadência argüida em relação aos fatos geradores ocorridos até o mês de novembro/96, sob o fundamento de que o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário somente se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, inciso I, do CTN e art. 965, I, do RICMS/96). O Auto de Infração foi lavrado em 28/12/01 e a extinção do direito da Fazenda Estadual, de constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos em 1996, somente se daria em 31/12/01”.*

Quanto ao mérito, naquilo que pertine a Infração 1, o cerne da questão discutida neste PAF reside na imputação de que o recorrente: “*Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Apurado mediante levantamento fiscal-contábil, no confronto, análise conciliação das receitas registradas nos livros contábeis com as lançadas no DA-ICMS*”.

A fim de apreciar o mérito, dentro do princípio da verdade real e da supremacia do interesse público, que se antepõe de forma contundente a qualquer processo preclusivo, ressaltando, ainda, que em toda a fase defensória do procedimento administrativo é lícito e oportuno que se produzam provas, a fim de melhor oferecer elementos ao julgador, este relator converteu o presente PAF, com aprovação do Eg. Colegiado, em diligência à ASTEC, o que foi feito em dois momentos distintos, cujo Parecer nº 0188/2003, conclusivo, encontra-se à fls. 439 a 443 dos autos.

Acolhemos o resultado da Revisão Fiscal efetuada pela ASTEC por considerar plausíveis as explicações do contribuinte sobre as descrições dos serviços CRN e INN, e o fundamento fiscal de seus enquadramentos que o recorrente adota, para diferenciar o que está sujeito ao ICMS do ISS.

Após as correções e adequações procedidas com base no confronto dos valores dos lançamentos das contas do Balancete Analítico com os seus respectivos lançamentos, concordamos com o resultado espelhado no segundo demonstrativo sugerido pela ASTEC à fl. 449 dos autos, o qual, além das correções aludidas foram excluídos os serviços indicados e comprovados o seu recolhimento do imposto pelo autuado como sendo do campo de incidência do ISS, resultando no débito de R\$167.246,50, conforme planilhas juntadas aos autos.

Dante do exposto, damos Provimento Parcial ao Recurso Voluntário para que a presente infração 1, seja reformada para exigir-se a quantia de R\$167.246,50, na forma acima comentada, enquanto que nego provimento ao Recurso de Ofício relacionado a esta infração.

Quanto à infração 4, que se refere a “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Nota Fiscal nº 66913 [...] referente a reajuste de preço das Notas Fiscais nºs 339822 e 349931 [...], de aquisição de equipamentos, sujeitas ao pagamento do ICMS diferencial de alíquota à época do fato gerador*”, não assiste razão ao recorrente quanto aos seus argumentos pois se trata da aquisição de equipamento no ano de 1993, época em que ocorreu a incorporação ao seu ativo imobilizado, enquanto a Nota Fiscal nº 66913 foi emitida em 16/12/96 a título de reajuste de preço, portanto, a operação de aquisição ocorreu em época em que a legislação não autorizava a utilização do crédito. Mantida inalterada a Decisão recorrida em relação a este item.

Em relação às infrações 5 e 6, estas tratam, respectivamente, de: “*Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias*” (utilização do crédito fiscal destacado na nota fiscal/ conta de energia em percentual superior a 50%); e “*Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias*” (referente registro no DA-ICMS no mês de abril, do crédito extemporâneo correspondente ao período de junho/94 a abril/96, utilizado em percentual superior a 50%).”

No período em exame, havia a necessidade do contribuinte comprovar o real consumo de energia elétrica vinculado às suas saídas tributadas, para fazer uso integral do crédito fiscal.

No entanto, como a comprovação não foi feita, aduz que o art. 94, inciso VI do supracitado regulamento, e o art. 93, § 9º, inciso II, “a”, do RICMS/96, abriu a possibilidade, para empresa comercial, para uso do crédito no percentual de 50%.

Como frisado pelo relator da 1ª Instância, a autuação alcançou fatos geradores envolvendo a vigência do RICMS/89 – Decreto nº 2.460/89 (abril e maio/96 – infração 5 e junho/94 a abril/96 – crédito extemporâneo lançado em abril/96 – infração 6) e RICMS/96 - Decreto nº 5.444/96 (julho a outubro/96 – infração 5).

Assim, observamos que os argumentos suscitados pelo recorrente em nada lhe socorrem, pois não encontram amparo na legislação vigente à época dos fatos geradores. Por outro lado, entendo que a Decisão da Junta de Julgamento em relação a estas infrações, carece de modificação, pois a dita “retroatividade benigna” utilizada para reduzir o débito reclamado, posta nos termos abaixo:

“Verifica-se que o direito ao uso de parte do crédito sobre o consumo de energia elétrica, independentemente de comprovação, já estava amparado em nossa legislação, desde o RICMS/89, entretanto o modo de quantificação da demanda, em relação ao prestador de serviço de comunicação, era omissivo, só sendo definido através do RICMS/96 (85%).

Deste modo, entendo que em função do princípio da retroatividade benigna, devem ser considerados válidos os créditos utilizados pelo autuado e objeto de autuação, no percentual de 85%, disposto no art. 93, parágrafo 9º, II, “b”, do RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 5.444/96, aplicado sobre o valor do imposto destacado nos documentos fiscais de energia elétrica. Dessa forma o valor a ser exigido fica reduzido para R\$ 12.046,60 (item 5) e R\$ 37.632,05 (item 6)”.

Não pode prevalecer, pois a lei não pode retroagir para alterar fatos pretéritos relacionados à apuração do imposto e que vigiam sob a égide de uma outra lei que foi revogada. Portanto, como a lei só autorizava a utilização do crédito fiscal no valor correspondente a 85% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica utilizada pelo prestador de serviço de comunicação a partir de 01/07/96 não deve prevalecer a retroatividade imposta pela Junta de Julgamento Fiscal para os fatos anteriores.

Em consequência, devem ser restabelecidas as exigências constantes na autuação pertinentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de abril, maio e junho/96, na forma abaixo demonstrada:

Infração 5: Ocorrência 31/05/96 - Valor devido R\$ 9.052,54;

Ocorrência 30/06/96 - Valor devido R\$ 5.875,46;

Infração 6: Ocorrência 30/04/96 - Valor devido R\$ 125.440,16.

A infração 8, que trata de falta de pagamento do imposto a título de diferença de alíquota pelas aquisições em outros Estados de materiais destinados ao uso e consumo pelo próprio estabelecimento, o recorrente limita-se a afirmar que cumpriu com sua obrigação principal de recolher o imposto porém não apresenta elementos que possam desconstituir a exigência fiscal, sobretudo porque, conforme se verifica às fls. 84 a 97 dos autos, todos os DAEs apresentados pelo recorrente a título de pagamento da diferença de alíquota foram considerados pela fiscalização, ao passo em que a exigência fiscal recaiu sobre o valor pagos a menos que permanece sem comprovação pelo recorrente. Mantida a decisão recorrida.

Por fim, a infração 9, apesar de mencionada em conjunto com a infração 8, apenas no título do item VI da peça recursal, não existe pronunciamento específico a respeito da mesma pelo recorrente fato este que nos leva a considerar, mantida a Decisão recorrida quanto a este item.

Em conclusão, diante de todo o exposto, nosso voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL de ambos os recursos, sendo: Recurso Voluntário, apenas no tocante à infração 1 e o Recurso de Ofício, as infrações 5 e 6 na forma acima demonstrada.

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1)

Divirjo do voto do Ilustre relator do Processo – Dr. JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – quanto ao item 1. Efetivamente, o diligente ofereceu o demonstrativo 2, no qual admite a possibilidade de que esta Câmara pudesse vir a acolher a alegação da recorrente de que parte dos serviços não estariam sujeitos ao ICMS e sim ao ISSQN. No entanto, a alternativa oferecida revela exatamente que o resultado da diligência é documento que busca esclarecer os fatos para que a

decisão se dê escoimada de possíveis dúvidas, sem, no entanto, representar, ela própria, uma Decisão, cabendo ao colegiado decidir pelo acatamento ou não da alternativa oferecida.

Como bem o disse a douta representante da PGE/PROFIS, a Lei Complementar nº 87/96, estabelece em seu art. 2º que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação de comunicação de qualquer natureza”. Se o remanescente do débito está dentro desse contexto, está dentro do campo do ICMS.

A expressão citada na Constituição Federal “serviços de comunicação” é abrangente apenas exigindo-se que sejam onerosas. Ora, os custos dos serviços das empresas de telecomunicações são repassados aos usuários do sistema, pois não é possível imaginar-se, sem provas documentais inequívocas, que as concessionárias de tais serviços os ofereçam gratuitamente à população, sem repassar seus custos aos usuários da telefonia em seus vários modos de utilização.

Entendendo, que os serviços que a empresa pretende estarem sujeitos exclusivamente ao imposto municipal sobre prestação de serviços de qualquer natureza são espécies de prestações onerosas de serviços de comunicação sujeitas exclusivamente ao ICMS, porque compõem uma integralidade conceitual, ou seja, estão inseridos no contexto do negócio das empresas de telefonia, que é oneroso, sendo seu ônus suportados pelos seus clientes, acolho o parecer da Douta representante da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO COLHIMENTO do Recurso Voluntário em relação ao item 1, cujo valor originário é de R\$ 254.847,96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, quanto à infração 1, com o voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto às infrações 4, 5, 6, 8 e 9, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278996.0003/01-8, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. - EMBRATEL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$741.128,59**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$224.433,18 e 60% sobre R\$516.695,41, previstas nos art. 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89 e 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além dos acréscimos no valor de **R\$8.025,73**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, IX, da Lei nº 4.825/89.

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1): Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Tolstoi Seara Nolasco, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1): Conselheiros José Raimundo Ferreira dos Santos e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das sessões do CONSEF, 5 de junho de 2004.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR/ VOTO VENCIDO (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1)

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO - ITEM 1)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS