

PROCESSO - A.I. Nº 300199.0002/03-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL
RECORRIDOS - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A –EMBRATEL e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF Acórdão nº 0144-04/04
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 20/07/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0217-11/04

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CONSIGNADOS NO DAICMS E NO RELATÓRIO ANALÍTICO. Não comprovado pelo sujeito passivo que as diferenças se referem a descontos incondicionais concedidos a clientes. Infração caracterizada. **b)** SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES OFERECIDOS INDEVIDAMENTE À TRIBUTAÇÃO DO ISS. O ICMS não só incide sobre os serviços de telecomunicações, mas, também, em relação às parcelas cobradas pelo prestador dos serviços aos seus clientes a título de locação de equipamentos, sem os quais é impossível a realização da comunicação. **c)** RECEITAS ORIUNDAS DE LIGAÇÕES INTERNACIONAIS – DDI. Nas prestações de serviços de comunicação tipo DDI, há previsão na legislação da incidência do ICMS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação, é vedada a utilização como crédito fiscal, o imposto incidente sobre as aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. **c)** SAÍDAS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE, CUJO RETORNO NÃO FOI COMPROVADO. **c.1)** PARA CONSERTO. **c.2)** A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. **c.3)** A TÍTULO DE TRANSFERÊNCIA PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA SITUADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **c.4)** A TÍTULO DE OUTRAS SAÍDAS. Infrações caracterizadas, tendo em vista que os documentos fiscais que serviram de base do lançamento comprovam as remessas de bens do Ativo Fixo sem os respectivos retornos. Cabível o estorno do crédito. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Nas operações de vendas de sucata, há incidência do ICMS. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Comprovado que parte das operações não se referiam a vendas de sucatas e sim a vendas de bens do ativo permanente, com mais de um ano de uso. Correta a exclusão de parte do valor exigido. As razões recursais não modificam a Decisão recorrida. Rejeitada

a arguição de decadência. Decisão por maioria. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Itens 4, 5 e 6, decisão por maioria. Item 15 decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de seu representante legal, devidamente habilitado nos autos, em face da Decisão proferida no Acórdão nº 0144-04/04 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigrafado, e de Recurso de Ofício em razão do julgamento ter exonerado parte o contribuinte, do débito apurado na peça exordial, consoante determina o art. 169, I “a” do RPAF/99, que deve ser submetido à apreciação por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

A acusação fiscal, exige ICMS no valor de R\$29.827.559,30, e aponta as seguintes infrações:

1. Deixou de recolher imposto no valor de R\$271.363,92, relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado através do cotejo da DAICMS e o Relatório de Faturamento Analítico – IMP946R1 - Receitas tributadas;
2. Como nos termos do item anterior, no valor de R\$568.417,22, relativo à prestação de serviços de comunicação, da diferença entre os relatórios de Faturamento Analítico IMPR608 e Sintético IMR71R01 cujos serviços foram oferecidos, indevidamente, à tributação do ISS;
3. Deixou de recolher imposto no valor de R\$19.922,70, relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado através da diferença entre os valores considerados como não tributados nos Relatórios de Faturamento Analítico IMPR933 e o Sintético IMP71R01;
4. Deixou de recolher imposto no valor de R\$15.773.181,90, relativo à prestação de serviços de comunicação, o qual com base no Convênio nº 69/98, é tributado pelo ICMS, porém, foi lançado no Relatório de Faturamento Analítico – IMPR93, como tributado pelo ISS;
5. Como nos termos do item anterior no valor de R\$6.999.119,05, idem;
6. Deixou de recolher imposto no valor de R\$2.309.141,07, relativo à prestação de serviços de comunicação, o qual foi oferecido à tributação do ISS. Trata-se de serviços descritos como Aluguel de Equipamentos, os quais são indispensáveis para que ocorra a prestação de serviços de telecomunicações, com base no Convênio nº 69/98, portanto, tributados pelo ICMS;
7. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$11.602,35, referente à aquisição de energia elétrica, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos e não tributados, tendo utilizado integralmente o crédito fiscal constantes das notas fiscais de energia elétrica;
8. Como nos termos do item anterior no valor de R\$696,49, referente à aquisição de serviço de comunicação, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos e não tributados;
9. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$364.960,94, referente a saídas de bens do ativo permanente enviado para conserto, cujo retorno não foi comprovado;

10. Como nos termos do item anterior no valor de R\$94.243,90, referente a saídas de bens do ativo permanente enviado para conserto, cujo retorno foi parcialmente comprovado;
11. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$23.338,00, referente a saídas de bens do ativo permanente a título de empréstimo, cujo retorno não foi comprovado;
12. Como nos termos do item anterior no valor de R\$1.031.828,42, referente a transferências de bens do ativo permanente para empresas, cujo retorno não foi comprovado;
13. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$650.734,30, referente a saídas de bens do ativo permanente escrituradas como outras saídas, cujo retorno não foi comprovado;
14. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$114.101,22, pelo fato de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Trata-se de saídas de sucatas do estabelecimento da empresa;
15. Deixou de recolher imposto no valor de R\$1.594.907,82, relativo à prestação de serviços de comunicação. Trata-se de receitas oriundas de ligações internacionais, cujos serviços foram faturados e cobrados pela Telemar de seus assinantes, os quais foram por ela repassados ao autuado;

Na Decisão recorrida, proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal o relator proferiu o seguinte voto:

“Inicialmente, não acato o argumento defensivo, para que seja declarada nula as infrações 4, 5 e 6, pois, não fundamentado.

Com relação ao argumento do autuado da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 126/98, o qual foi utilizado pelos autuantes para embasar uma parte da autuação, ressalto não caber a este CONSEF a sua apreciação, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

Quanto à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento, relativamente aos fatos geradores anteriores ao mês de outubro/98, em razão de ter tomado ciência do Auto de Infração em 06/10/2003, não merece o meu acolhimento.

É que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso desta autuação, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 1998, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/99, cujo prazo final se daria em 31/12/2003.

Como o lançamento ocorreu em 30/09/2003, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, observei que o autuado ao impugnar o lançamento fiscal, apenas fez a juntada em sua defesa dos documentos de fls. 3387 a 3400, para elidir a infração 14.

Quanto às demais infrações impugnadas, não foram anexados pela defesa nenhum demonstrativo, levantamento ou qualquer documento em apoio aos seus argumentos.

De acordo o disposto no art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhadas das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Da interpretação do dispositivo acima, constata-se que o autuado em relação às demais infrações impugnadas, não observou a regra nele contida, já que não anexou nenhum demonstrativo, levantamento ou qualquer documento em apoio aos seus argumentos.

Ressalto, ainda, que o autuado ao se defender das infrações 01 a 06, 07 e 08 e 9 a 13, o fez de forma conjunta, ao invés de fazê-la individualmente, como é de praxe em situações idênticas a esta lide.

Com relação à afirmativa do autuado, segundo a qual no período que esteve sob ação fiscal não deixou de fornecer as informações necessárias para que os autuantes pudessem ter pleno conhecimento dos produtos por ele oferecidos, esclareço não ser verdadeira.

É que ao compulsar os autos às fls. 94, 95, 97, 98, 99 a 101 e 103 a 104, constatou este relator que foram expedidas pelos autuantes várias intimações ao autuado, para que fossem atendidas as solicitações nelas contidas, as quais não foram cumpridas pela empresa, fato que comprova o seu descaso para com a fiscalização estadual.

Prestados os esclarecimentos acima, analisarei a seguir, as infrações que foram imputadas ao autuado:

Infração 1 - Para apuração do imposto, os autuantes consideraram a diferença existente entre os valores consignados no DAICMS e o Relatório Analítico – IMP946R1, cujo demonstrativo encontra-se à fl. 160 dos autos.

Em sua defesa, o autuado alegou que tal diferença refere-se a descontos incondicionais dados aos seus clientes, cuja afirmativa foi rebatida pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, sob o argumento de que os mesmos foram deduzidos nos próprios relatórios de autoria do autuado (ver. fls. 1398 e seguintes).

Desse modo, não posso acatar o argumento defensivo e por não ter sido a receita oferecida à tributação pelo ICMS, considero correta a exigência fiscal.

Infração 2 - Na apuração do imposto (ver demonstrativo à fl. 161), os autuantes tomaram como base às diferenças entre os valores oferecidos indevidamente à tributação pelo ISS, lançados nos relatórios de Faturamento Analítico - IMPR608 e o Sintético - IMP71R01.

Em razão das diferenças apuradas, os autuantes intimaram o contribuinte para justificar as divergências apuradas com a devida documentação comprobatória, o que não foi atendido, o que impossibilitou identificar a que serviços se referiam tais receitas.

Em sua impugnação ao lançamento, o autuado alegou que pelo fato de efetuar recolhimentos do ISS para três municípios, o que enseja para cada um desses a geração de um Relatório Analítico (IMP9301), fica fácil compreender que a suposta diferença apurada pelos autuantes se deve ao fato de que na coluna “Valor Isento” do referido relatório por eles utilizados constar somente os valores submetidos à tributação pelo ISS recolhidos ao município de

Salvador, ao passo que na coluna “Valor Isento” do Relatório Sintético (IMP71R01) estão consignados os valores recolhidos para todos os municípios.

Não posso acatar o argumento defensivo para elidir a autuação, já que o autuado não fez a juntada em sua defesa de nenhum documento para comprovar o alegado, além do que os autuantes em sua informação fiscal disseram que não foi possível identificar a que tipos de serviços se referiam às receitas auferidas pelo autuado, apesar do mesmo ter sido regularmente intimado para tal, razão pela qual mantenho a exigência fiscal.

Infração 3 - Para dar suporte a autuação, os autuantes elaboraram um Demonstrativo (fl. 162 dos autos), cujos valores foram obtidos do Relatório de Faturamento Analítico - IMPR933 e relativos a serviços de telecomunicações prestados pelo autuado, os quais foram lançados como não tributados pelo ICMS.

Entenderam os autuantes, com base no Convênio ICMS 69/98, que os referidos serviços são tributados pelo ICMS.

Em sua defesa, o autuado alegou tratar-se de descontos incondicionais concedidos a seus clientes, sem, no entanto, ter anexado qualquer prova em apoio ao alegado, o que não elide a autuação, devendo, por isso mesmo, ser mantida a exigência fiscal.

Infração 4 - Como prova da irregularidade, foram anexados aos autos pelos autuantes às fls. 163 a 383, os Demonstrativos das Receitas Tributadas pelo ICMS, consideradas como não tributadas, onde estão listados os valores individuais faturados para cada cliente do autuado.

Em sua impugnação, o autuado alegou que as receitas auferidas referem-se:

I - a serviços prestados a pessoas jurídicas que gozam do benefício da isenção;

II - a caso de diferimento do ICMS, em virtude dos Convênios ICMS n^{os} 04/89 e 126/98;

III - a serviços que não são caracterizados como serviços de comunicação e que também não estão sujeitas à tributação pelo ISS, como é o caso do provimento de capacidade satelital ou aluguel de bens imóveis.

Não posso aceitar tal alegação, haja vista, com base nos demonstrativos acima citados, que os clientes do autuado neles listados, dizem respeito a empresas privadas, órgãos federais, bancos privados e oficiais, empresas de televisão, além de outras, cujas prestações de serviços de telecomunicações são tributadas pelo ICMS.

Quanto a outros serviços, tipo “capacidade satelital” e aluguel de imóveis, os quais, segundo o autuado, não incidem o ICMS, bem como o ISS, entendo que a alegação defensiva também não elide a autuação, já que o autuado não trouxe em sua defesa nenhuma prova em apoio ao seu argumento, pelo que mantenho a exigência fiscal;

Infração 5 - Para apuração do imposto devido foi anexada aos autos pelos autuantes os Demonstrativos de fls. 384 a 468, cujas receitas foram extraídas do Relatório de Faturamento Analítico - IMP930R1, as quais foram oferecidas pelo autuado à tributação do ISS.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, já que pela descrição dos serviços listados nos demonstrativos acima, a exemplo de instalação, armazenamento, assinatura permanente, modem, dentre outros, os mesmos estão no campo de incidência do ICMS, já que sem a disponibilização dos referidos serviços aos seus clientes, é impossível a prestação de serviços de telecomunicações.

Ressalto que o entendimento acima, foi com base na resposta de uma consulta formulada pela IFEP – Inspeção Especializada a DITRI/GETRI (ver fls. 149 a 154), sobre a incidência do ICMS na chamada “locação de equipamentos” para prestações de serviços de telecomunicações por empresa de telefonia fixa.

Segundo a subscritora do Parecer supra, com base em dispositivos da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96, nas Leis nºs 7014/96 e 9472/97, em entendimento de tributarista e em Decisão do Conselho Estadual de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Espírito Santo, “não restam dúvidas que o serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, estando inserida entre essas atividades a disponibilização dos equipamentos para transmissão de dados”.

Com base no acima exposto, considero caracterizada a infração.

Infração 6 – Como suporte para a exigência do imposto, os autuantes elaboraram os Demonstrativos de fls. 470 a 490, cuja receita foi extraída do Relatório de Faturamento Analítico (IMP930R1), a qual foi oferecida à tributação do ISS pelo autuado.

A exemplo da infração anterior, também razão não assiste ao autuado, uma vez que se trata de receita oriunda do aluguel de equipamentos do tipo modem, microestação, “VSAT”, facilidade, entre outros, todos tributados pelo ICMS, haja vista que os mesmos são imprescindíveis na prestação de serviços de telecomunicações por parte da empresa, motivo pelo qual mantenho a autuação.

Infrações 7 e 8 - Dizem respeito a falta de estorno de crédito fiscal apropriado em sua totalidade, referente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, em decorrência do contribuinte realizar prestações de serviços de telecomunicações considerados isentos e não tributados pelo ICMS.

Como prova das infrações, foram juntados aos autos pelos autuantes às fls. 491 a 494 os demonstrativos de cálculo do ICMS devido e que não foram objeto de estorno por parte do autuado.

Ao se defender da acusação, o autuado alegou que as infrações que lhes foram imputadas não poderia ter sido arroladas pelos autuantes, pelo fato das mesmas terem sido objeto de lançamento anterior, através do Auto de Infração nº 279692.0003/02-8.

Em relação a tal alegação, esclareço não proceder, já que os autuantes quando prestaram a sua informação fiscal acerca do Auto de Infração acima, solicitaram que as exigências fossem excluídas da autuação, a qual foi acatada pelo relator do PAF quando do seu julgamento pela 2ª JF deste CONSEF.

Quanto à outra alegação do autuado, segundo a qual os autuantes para exigir imposto nas infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, utilizaram o valor das receitas da empresa declaradas como isentas e não tributadas pelo ICMS e ao proceder o cálculo dos estornos nas infrações 7 e 8, consideraram também essas mesmas receitas, entendendo sem nenhum fundamento. É que os autuantes quando prestaram a sua informação fiscal disseram que não tem procedência, tal afirmação, pois utilizaram, apenas, os valores remanescentes das colunas isentas e não tributadas consignadas no seu relatório e não oferecidas à tributação pelo ICMS, fato que pode ser comprovado através dos Anexos 07, 07-A e 08 (fls. 491 a 494 dos autos).

Para comprovar a assertiva dos autuantes, achou por bem este relator compulsar os Demonstrativos de Cálculos do Coeficiente de Estorno do Crédito (fls. 492 e 493), através do qual foi constatado que os valores neles consignados como receitas isentas e não tributadas, são em valores inferiores aos que serviram de base de cálculo utilizada pelos autuantes para

exigir o imposto nas infrações 1 a 6. A título exemplificativo, tomo como base a receita do mês de janeiro/98 no valor de R\$15.266,97, enquanto o somatório da base de cálculo das infrações 1 a 6 totalizou a importância de R\$718.803,96, não procedendo, portanto, o argumento defensivo.

Com referência a autuação, razão não assiste ao autuado, já que ao se apropriar em sua totalidade dos créditos fiscais relativos às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, contrariou o disposto nos arts. 93, II, § 1º e 100, todos do RICMS/97, pelo que mantenho as exigências.

Infrações 9 a 13 - Reportam-se a falta de estorno de créditos fiscais anteriormente apropriados quando das operações de aquisições dos bens para integrar o ativo permanente, os quais foram objeto de saídas a título de remessa para conserto, empréstimo, transferências para outros estabelecimentos da mesma empresa situados em outras unidades da Federação e de outras saídas, sem a incidência do ICMS, cujos retornos não foram comprovados.

Para apuração do imposto apropriado e não estornado, os autuantes elaboraram às fls. 1685 a 1690, 1963 a 1964, 2168 a 2177 e 2742 a 2748 os demonstrativos para cada uma das infrações.

Em sua defesa, o autuado alegou inexistir as infrações, na medida em que não ficou comprovada a desincorporação ou baixa no seu livro de controle do ativo permanente, notadamente o CIAP e a conseqüente “alienação”.

Não concordo com a alegação defensiva, pois, os autuantes expediram uma intimação ao autuado, cuja ciência ocorreu em 16/07/2003, para que fosse comprovado o retorno dos bens ao estabelecimento, no entanto, não foram atendidos, a despeito de entre a data da intimação e da lavratura do Auto de Infração haver decorrido 74 dias.

Ora, se não ocorreu o retorno dos bens ao estabelecimento autuado, cujo prazo previsto no art. 627, § 3º, do RICMS/97, é de 180 dias a contar da sua saída, a dedução lógica é de que os mesmos foram vendidos ou transferidos em definitivo a seus destinatários.

Ademais, no Direito Tributário, diferentemente dos demais ramo do direito, o ônus da prova cabe ao sujeito passivo.

Quanto à alegação do autuado, em que discorda da alíquota de 7% utilizada para o cálculo do estorno, entendo não proceder, pois, diante da impossibilidade de identificar as respectivas notas fiscais de entradas dos bens adquiridos e que foram objetos de saídas, os autuantes optaram em aplicar a referida alíquota, haja vista que a maioria das aquisições foi oriunda dos Estados da região sudeste, cuja alíquota aplicável é a acima citada para tais operações.

Ressalto que o autuado, se assim desejasse, poderia elidir parcial ou em sua totalidade as infrações imputadas, fazendo a juntada em suas razões de defesa, das cópias do documento denominado de CIAP – Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente e dos respectivos demonstrativos, para comprovar que os bens saídos do seu estabelecimento teriam sido adquiridos antes da vigência da Lei Complementar nº 87/96, quando a legislação do ICMS não permitia a apropriação dos créditos sobre as entradas de mercadorias para o ativo permanente.

Com base na explanação acima, considero correta a exigência fiscal relativa às infrações 9 a 13 e mantenho a autuação, a qual tem respaldo legal no art.100, § 7º, I e II, do RICMS/97.

Infração 14 - Foi exigido imposto, pelo fato do autuado haver realizado venda de sucata, sem oferecê-la à tributação do ICMS.

Ao se defender da imputação, o autuado alegou tratar-se de operações de desincorporações de bens do seu ativo permanente, com mais de um ano de uso em seu estabelecimento, cujas operações não incide o ICMS, argumento que foi acatado em parte pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, relativamente ao imposto cobrado sobre as Notas Fiscais nºs 2772, 1022, 1023, 1024, 1026, 1494 e 1495.

Quanto ao valor do imposto remanescente da infração de R\$2.118,64 indicado pelos autuantes e após examinar as notas fiscais correspondentes, entendeu este relator que deve ser também excluído da autuação o imposto cobrado relativamente às operações realizadas pelo autuado através das Notas Fiscais nºs 3373, 3374, 3387, 3390 e 1854, pois, se referem a vendas de bens do ativo permanente (móveis e utensílios, ferramentas).

Com relação às demais notas fiscais, constatei que se tratam, efetivamente, de venda de sucata, cuja operação, de acordo com o art. 1º, I, do RICMS/97, é tributada pelo ICMS.

Após as correções acima, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no montante de R\$1.272,99, conforme demonstrativo a seguir:

MÊS/ANO	NOTA FISCAL	BASE DE CÁLCULO	ALIQ	VALOR DO ICMS
09/98	3375	469,80	17%	79,87
09/98	3376	500,00	17%	85,00
09/98	3388	300,00	17%	51,00
09/98	3389	1.900,00	17%	323,00
TOTAL	-	3.169,80	-	538,87
07/99	929	1.000,00	17%	170,00
07/99	941	250,00	17%	42,50
07/99	942	500,00	17%	85,00
TOTAL	-	1.750,00	-	297,50
01/00	1524	662,22	17%	112,58
TOTAIS	-	662,22	-	112,58
04/00	1855	331,30	17%	56,32
04/00	1856	181,20	17%	30,80
04/00	1857	515,73	17%	87,67
04/00	1958	466,84	17%	79,36
04/00	1959	411,06	17%	69,88
TOTAL	-	1.906,13	-	324,04

Infração 15 - Originou-se da falta de recolhimento do ICMS, relativo a receitas de prestações de serviços de telecomunicações oriundas de ligações internacionais, fatos ocorridos nos meses de abril a setembro/98.

Em sua impugnação, o autuado tenta eximir-se da responsabilidade pelo pagamento do imposto devido sobre os serviços prestados e oriundos de ligações internacionais – DDI, atribuindo tal obrigação à empresa TELEBAHIA, cuja participação, por força contratual, foi tão somente a de faturar e cobrar o valor das ligações recebidas dos seus assinantes e repassá-los ao autuado.

De acordo com o Parecer GECOT/DITRI às fls. 155/157 dos autos, acerca do contrato firmado entre o autuado e a TELEBAHIA, entendeu a sua subscritora, com a qual concordo, após uma explanação convincente, com base em dispositivos do CTN, da Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro, bem como em decisões do Conselho de Contribuintes de outros Estados, que não é possível caracterizar-se a solidariedade passiva da segunda, no tocante aos serviços de telecomunicação internacional prestados pelo primeiro, face à inexistência de norma legal expressa ou de interesse comum na situação que constitua fato gerador do ICMS.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, já que foi o próprio quem prestou os serviços de comunicação de longa distância internacional, cuja prestação é tributada pelo ICMS, conforme dispõe o art. 4º, I e II, §1º, do RICMS/97, pelo que mantenho a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$29.714.731,13.”

O autuado interpôs Recurso Voluntário, através de seu representante legal (fls. 3531 a 3597) onde argúi as seguintes razões:

1. que os autuantes apontaram o cometimento de 15 infrações à legislação do ICMS, referentes ao período de 01.01.1998 a 31.12.2000, onde acusam dentre as infrações, a ausência de estorno de crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica, em razão de prestação de serviços de comunicações isentos e não tributados; ausência de estorno de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviços de comunicação, em decorrência de prestação do serviço de comunicação isentos e não tributados e falta de recolhimento do ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado mediante o confronto de documentos fiscais e contábeis do recorrente;
2. alega que não se conformando com a autuação, apresentou impugnação, tendo a 4ª JF julgado o Auto de Infração Procedente em Parte;
3. argúi decadência parcial do crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos até o mês de outubro de 1998, pois entende que deve ser obedecido ao que determina o art. 150, § 4º do CTN, e não a aplicação do art. 173 inciso I do mesmo código, como considerado no Acórdão recorrido”, transcrevendo o art. 150 e seu § 4º, e cita doutrina e jurisprudência em torno da tese de que os tributos sujeitos a lançamento por homologação, devem ter o prazo contado a partir da ocorrência do fato gerador, e assevera que esse entendimento é originário da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando realizado o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 101.407-SP (Diário da Justiça de 8 de maio de 2000), fls. 3534 e 3535.
4. Prossegue, transcrevendo outras decisões (fls. 3536 e 3537), quanto a aplicação do citado artigo por Conselhos de Contribuintes de outros Estados, a exemplo o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Diz ainda que face ao argüido na preliminar a decadência parcial requerida pelo recorrente deverá prosperar, tendo em vista que fora notificada em 6 de outubro de 2003, da constituição do crédito tributário através do Auto de Infração;
5. Acrescenta que não cabe a alegação de que se deve considerar o art. 107-A, I da Lei nº 3956/81, porque segundo o art. 146, III “b” da CF, cabe somente à lei complementar dispor sobre o instituto da decadência. E diz que se mantida a Decisão estaria configurada uma ingerência ilegal e inconstitucional do Estado da Bahia sobre matéria delegada à competência exclusiva de lei complementar federal;
6. Adentra ao mérito, onde alega que para melhor demonstrar as razões de defesa, atacará separadamente as infrações que lhe foram imputadas, ou se for o caso, em razão da matéria envolvida e da capitulação legal utilizada pelos autuantes o fará em conjunto. Diz que alusivo às infrações 1 a 6, os autuantes teriam apontado infringência aos artigos 4º, incisos I e II, § 1º, 50 ou 51, inciso II, alínea “I”, 66, 68, 124 inciso I, 568 ou 569 do RICMS/BA. E transcreveu o dispositivo da multa aplicada.

7. Aduz que os autuantes utilizaram uma sistemática que ao final acabou por tributar receitas auferidas pelo recorrente como se as mesmas fossem fatos geradores do ICMS, e não se aprofundaram nas características dos produtos oferecidos pelo recorrente, bem como na forma de elaboração dos documentos fiscais e de suporte. Afirmando que nas infrações de nº 1 a 6, os autuantes consideraram todas as receitas como se fossem tributadas pelo imposto estadual, incluindo as decorrentes de locação de equipamentos (bens móveis) e da prestação de serviços de comunicação às entidades e órgãos isentos, e ainda que dentro de uma mesma sigla existem diversos serviços, onde alguns são tributados pelo ICMS, outros pelo ISS e outros que estão sujeitos apenas a encargos diversos;
8. Diz que as autoridades fiscais para lavrar o Auto de Infração consideraram basicamente, o Demonstrativo Sintético de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP71R01) e o Demonstrativo Detalhado de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP930R1), e transcreve (fls.3541/3542), os referidos demonstrativos explicando as siglas, e que sendo uma prestadora de serviços de comunicação com presença em todo território nacional, desenvolveu um portfólio de diversos produtos que representam um “pacote” composto pelos mais variados tipos de serviços, os quais são oferecidos aos clientes de acordo com a necessidade específica de cada um desses;
9. Assevera que pretende demonstrar que um determinado produto corresponde a uma sigla nos relatórios elaborados pela empresa autuada, e que nesta sigla contém diversos serviços além dos serviços de comunicação, e estes tipos de serviços podem ou não ser prestados, dependendo da operação contratada, dos equipamentos utilizados, da conveniência dos clientes, enfim de um sem-número de alternativas, as quais umas são independentes das outras, e assim poderia um cliente contratar um produto, serviço de comunicação – acesso à rede para envio de dados - representado pela sigla “CIN”, e poderá contratar ou não outros serviços como o aluguel de uma antena “Vsat”, pois ele pode optar por alugar a referida antena ou já possuí-la;
10. Diz que as receitas auferidas pelo recorrente que tenham decorrido de serviços alheios ao campo de incidência do ICMS, sejam as provenientes dos serviços de comunicação a entidades isentas, foram submetidas à tributação do ICMS pelos autuantes;
11. Alega que as infrações 1 e 3 se referem a (descontos incondicionais aos clientes), 4 (serviços de comunicação prestados a entidades isentas, bem como outros serviços não tributados pelo ICMS e ISS) 5 (outros serviços tributados pelo ISS) e 6 (serviços de aluguel de equipamentos e antenas “Vsat” – bens móveis, submetidos à tributação do ISS).
12. Considera absurda a tributação do item 4 que se refere a serviço de comunicação para contribuintes que gozam do benefício da isenção, conforme convênios ICMS nº 158/94 e 107/95, quais sejam repartições consulares, representação de organismos internacionais, e seus respectivos funcionários, órgãos da administração direta e outros.
13. Reporta-se aos itens 5 e 6 arguindo a inconstitucionalidade do Convênio nº 69/98, porque teriam os autuantes tributado locação de equipamentos, serviços de engenharia e manutenção, como se fossem receitas tributadas pelo ICMS, e que tais serviços são na verdade tributados pelo ISS, consoante dispõe o Decreto-Lei nº 406/68, atualmente revogado pela Lei Complementar nº 116. E acrescenta que o Convênio não é instrumento legal para ampliar a base de cálculo de tributo, e conseqüentemente criar novas hipóteses de incidência.
14. Transcreve Decisão do STF que afasta a possibilidade de um simples convênio dispor sobre matérias reservadas à lei, como o que concerne à base de cálculo e hipótese de

incidência tributária. Diz que os Estados não satisfeitos com a competência tributária para cobrar o ICMS sobre os serviços de comunicação, com a edição do aludido Convênio nº 69/98, pretendem tributar todos os serviços prestados por empresas de comunicação, que está sujeito ao ISS, imposto de competência municipal.

15. Insiste quanto ao argumento de que não deve prevalecer a exigência da infração 4, porque se refere: I - a serviços prestados a pessoas jurídicas que gozam do benefício da isenção; II - a caso de diferimento do ICMS, em virtude dos Convênios ICMS nºs 04/89 e 126/98; III - a serviços que não são caracterizados como serviços de comunicação e que também não estão sujeitas à tributação pelo ISS, como é o caso do provimento de capacidade satelital ou aluguel de bens imóveis.
16. Alega que os autuantes não consideraram que através do Convênio nº 126/98, o Ministro da Fazenda e os Secretários de todos os Estados e do Distrito Federal, concederam regime especial para as empresas de comunicação listadas em seu anexo único, e que a cláusula décima *“Na cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações nos casos em que a cessionária não se constitua usuário final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços públicos ao cliente final, o ICMS na primeira operação não será devido, incidindo apenas na operação final”*.
17. Diz que o Acórdão recorrido sequer rebateu a alegação apresentada, informando apenas em termos gerais que não se poderia aceitar, uma vez que a lista anexa ao Auto de Infração diz respeito a *“empresas privadas, órgãos federais, bancos privados e oficiais, empresas de televisão, além de outras, cujas prestações de serviços de telecomunicações são tributadas pelo ICMS”*. E conclui requerendo a nulidade da infração 4.
18. Ainda em relação à infração 4, o autuado alega que com exceção dos valores constantes nos itens III.1.4.1 e III.1.4.2 acima, todos os demais relacionados, se referem à receitas decorrentes da prestação de serviços alheios ao campo de incidência do ICMS, bem como do ISS, dentre os quais os serviços de capacidade satelital e aluguel de imóveis, como os satélites são explorados pela empresa, cuja atividade caracteriza-se como uma autêntica locação de “coisa” e não uma prestação de serviço de comunicação.
19. Frisa que, diante da exposição acima, resta demonstrado que a infração 4, viola frontalmente a norma constitucional que prevê a incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, uma vez que ao considerar os serviços de locação de capacidade de satélite e locação de bens imóveis como sendo serviços de comunicação, alarga, sem qualquer justificativa, o âmbito de incidência do ICMS previsto na legislação complementar.
20. Diz que inexistem diferenças nas infrações 1 e 3 porque se referem a descontos incondicionais concedidos aos clientes. E que os autuantes apuraram a diferença encontrada quando da comparação entre o Documento de Arrecadação do ICMS (DAICMS) e os valores de receitas tributadas do relatório Analítico, e que o que ocorreu na verdade é que as diferenças encontradas pela fiscalização se dão a partir de uma equivocada manipulação de um relatório suporte, até mesmo porque não contém referência aos números de documentos fiscais, e que no DAICMS contém todas as informações obtidas a partir de cada um dos documentos fiscais. Pede a nulidade das infrações 1 e 3.
21. Diz que requereu diligência mas teve o seu pedido recusado pelos julgadores de 1ª Instância, impossibilitando o recorrente apresentar provas contundentes da ilegalidade do Auto de Infração, e reitera o requerimento de perícia, se os julgadores não entenderem que razão assiste à ora recorrente.

22. Alega inexistência de diferença quanto à infração 2, sob o fundamento de ter os autuantes apurado diferença entre os valores tributados pelo ISS, e que os mesmos submeteram à tributação do ICMS. Salaria que no Estado da Bahia possui além da Filial localizada em Salvador duas outras filiais uma no município de Ilhéus e outra em Vitória da Conquista, e que efetua recolhimentos do ISS separadamente para cada um dos municípios. Prossegue alegando que os autuantes quanto ao valor da coluna isento considerou somente o ISS recolhido pelo recorrente para o Município de Salvador, enquanto na referida coluna no Relatório Sintético (IMP71R01) estão o total dos valores referente ao ISS recolhidos para os três municípios.
23. Diz que relativo às infrações 1 a 6 se consideradas as receitas autuadas como verdadeiros serviços de comunicação, importaria em retificação da base de cálculo citando a cláusula quinta, do Convênio ICMS nº 4/89, que estabeleceu concessão de regime especial, na área do ICMS, para as prestações dos serviços de comunicação e transcrevendo o § 2º da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98. E conclui que os textos normativos referidos no caso de prestação de serviços não medidos e mensalmente cobrados, onde se está transmitindo dados através de um circuito entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação envolvidas, não podendo somente uma das unidades exigir todo o imposto relativo à prestação. Alega que a Decisão recorrida sequer analisou a questão, que foi claramente colocada na impugnação. E prossegue alegando que os autuantes e os julgadores esqueceram de aplicar normas tributárias específicas aos serviços de comunicação.
24. Quanto às infrações 7 e 8 alega que improcede os argumentos e os fatos levantados pelas autoridades fiscais e sequer poderiam ter sido objeto de autuação. Afirma que através de outro Auto de Infração - Nº 279692.0003/02-8 (fls. 3356 e 3357) foi exigido os valores relativos à mesma. Pede que se declare Nulo os referidos itens;
25. Relativo às infrações 9 a 13 o recorrente alega que não tem aplicação o art. 100, § 7º do RICMS/BA, transcrevendo os mesmos. Assevera que não ficou comprovada a desincorporação ou baixa de tais bens dos livros de controle do ativo permanente do recorrente, notadamente do CIAP. Alega que o trabalho de fiscalização parte de um sofisma, para dizer que pelo fato de não ter identificado as notas de retorno desses bens, teriam os mesmos sido alienados, quando na verdade os bens continuam a integrar o ativo permanente;
26. Diz que os dispositivos invocados só seriam aplicáveis se a fiscalização houvesse identificado a baixa dos bens junto ao livro CIAP. E que os próprios fiscos estaduais reconhecem o fato de um determinado bem, que se encontra incorporado ao ativo permanente, ao sair do estabelecimento nem sempre se configura alienação, como se constata da resposta à consulta exarada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, transcrevendo os termos da resposta da referida consulta (fl. 3580).
27. Aduz que os bens podem sair do estabelecimento a título de comodato, empréstimos, citando a título de exemplo tanques e bombas no caso de distribuidoras de combustíveis, sem que configure alienação e conseqüentemente, a necessidade de estorno. Diz que ocorrem na atividade do recorrente transferências entre filiais como exemplo, antenas “Vsat”, modems e outros equipamentos; consertos desses materiais, citando o art. 341, “c” do RICMS. Transcreve a Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 105/95. E afirma que não houve baixa de bem do ativo para justificar o estorno. E que os autuantes desconsideraram essas peculiaridades preferindo glosar o crédito porque não identificou o retorno dos bens para a empresa. Acrescenta ainda que procedem a glosa mediante estorno de crédito operações sem sequer possam ter se consumado em crédito fiscal na entrada. E prossegue alegando que os autuantes lançaram mão de notas de saída para

conserto, reparo, transferências para serviços de clientes, presumindo que todas essas notas se referiam a mercadorias cuja entrada tenha ocorrido a apropriação de créditos.

28. Diz que trata de mera suposição, e que grande parte desses bens foram adquiridos no período anterior a Lei Complementar nº 87/96, sequer tomou o crédito do imposto. E alega que sequer restou provado o crédito na entrada, no entanto a autoridade fiscal nos demonstrativos utilizou uma alíquota de 7%, como base do pretendido estorno de crédito, quando sequer comprovou a origem, a data, o montante e a natureza das entradas que agora dão base para que se estorne o crédito, pela ausência de comprovação de retorno. Transcreve o § 10º do art. 100 do Regulamento que determina para cada período mensal o estorno previsto no parágrafo anterior será o que se obtiver multiplicando-se o respectivo crédito pelo fator igual a 1/60 (um sessenta avos). Pede o cancelamento das infrações de 9 a 13.
29. Quanto à infração 15 diz que a exigência do ICMS sobre as ligações internacionais, alega que até a realização da privatização do sistema Telebrás era somente uma empresa destinada a explorar os troncos de telecomunicações existentes, de modo a ceder às empresas operadoras de telefonia local, ou seja, no caso do Estado da Bahia, ceder à TELEBAHIA – atual TELEMAR, os meios necessários à consecução da prestação de serviços de telecomunicações para os usuários.

Argumenta que em relação às prestações de serviços de comunicações internacionais – “DDI”, a empresa operadora de telefonia local, em virtude do art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, não recolhia o “ICMS” sobre elas incidente, circunstância que demonstra tentar eximir-se de sua responsabilidade para transferi-la ao impugnante.

Assevera que uma simples análise pericial nos livros fiscais da TELEBAHIA, a ser requerida, comprovará que até 31/12/99, a mesma escriturou e registrou a obrigação de recolhimento do “ICMS”, tendo, no entanto, optado por não efetuar o recolhimento do tributo sobre as prestações de serviços de comunicação internacional.

Com efeito, o recorrente apenas cedia os meios de redes de telecomunicações às empresas operadoras de telefonia local (p. ex: Telemar), as quais eram as únicas que se encarregavam da prestação de serviços de comunicações, nesses incluídas as ligações internacionais (DDI) e interurbanas (DDD), cabendo somente às operadoras de telefonia local a responsabilidade pela cobrança do serviço prestado, e o conseqüente recolhimento dos tributos incidentes sob a remuneração auferida.

Faz referência a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97, e diz que com base na citada lei a ANATEL estabeleceu através do plano Geral de Outorgas, a modalidade de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), tendo firmado com o recorrente em 02/06/1998, contratos de Concessão para exploração daquele serviço nas modalidades Longa distância Internacional (DDI) e longa Distância Nacional (DDD).

Considera absurda a inclusão no Auto de Infração de datas anteriores a assinaturas dos contratos de concessão (janeiro a maio/98). Diz que até janeiro de 2000 não existem contas de telefonia residencial emitidas pelo recorrente sendo todas encaminhadas pela operadora de telefonia local. E acrescenta que até junho de 1999, sequer foi escolhida do recorrente elaboravam os usuários finais através do código “21”.

Diz que nos contratos de concessão, na cláusula 33.1, Parágrafo único previa um prazo de seis meses contados da edição da regulamentação, que somente foi editada pela ANATEL, através da Resolução nº 86 de 30/12/1998, o qual aprovou o Regulamento de Numeração do Sistema

Telefônico Fixo Comutado, concedendo prazo às operadoras daquele sistema para adaptação às novas determinações.

Frisa que, a partir de 01/01/2000, a empresa passou a ser responsável pelas prestações de serviços de comunicações nacional e internacional, de acordo com as resoluções expedidas pela ANATEL, cujo faturamento foi devidamente escriturado para fins de recolhimento do “ICMS” incidente sobre as mesmas. E conclui que o período do Auto de Infração, não eram desenvolvidas as atividades previstas para a ocorrência do fato gerador pelo recorrente, e competia às empresas Operadoras de Telefonia Local até 31/12/1999.

Argumenta ainda que é absurda a caracterização do recorrente como responsável pelo recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços prestados e faturados pela empresa operadora de telefonia local até 31/12/99, por que configura flagrante violação ao princípio da capacidade contributiva. Cita Decisão de um Auto de Infração no Estado do Amazonas, em que foi julgado improcedente a exigência do imposto do recorrente de período anterior a julho de 1999. Faz juntada do julgado (fls. 3598 a 3600).

Conclui a peça recursal requerendo a decadência parcial quanto aos valores anteriores a outubro de 1998 e a improcedência da autuação com o cancelamento do Auto de Infração e o arquivamento do processo administrativo.

A representante da PGE/PROFIS, à fl. 3605, manifesta-se quanto às razões argüidas no Recurso Voluntário, e diz que a peça recursal traz os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial e representa uma cópia fiel da referida peça. Diz que já foram analisados e rebatidos no julgamento de 1ª Instância. E quanto à argüição de decadência alega que o julgamento com base no CTN e na Lei do ICMS já decretou que não ocorreu a mesma. Considera que em que pese o Recurso Voluntário devolver toda a matéria à apreciação desse conselho, conclui serem inócuas e incapazes de modificar o julgamento, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De início passo a examinar a Decisão recorrida quanto à parte que deu ensejo ao Recurso de Ofício, face à desoneração parcial do débito imputado na autuação. O valor do Auto de Infração aponta o montante de R\$29.827.559,30 e remanesceu o montante de R\$29.714.731,13, em razão da infração nº 14, cujo valor original era de R\$114.101,22 e remanesceu o valor de R\$1.272,99. O relator julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, porque referente à citada infração, em que foi exigido imposto pelo fato de o autuado haver realizado venda de sucata, sem oferecê-la à tributação do ICMS, na defesa o autuado alegou tratar-se de operações de desincorporações de bens do seu ativo permanente, com mais de um ano de uso em seu estabelecimento, cujas operações não incide o ICMS, argumento que foi acatado em parte pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, (fl.3443) relativamente ao imposto cobrado sobre as Notas Fiscais nºs 2772, 1022, 1023, 1024, 1026, 1494 e 1495.

Quanto ao valor do imposto remanescente da infração de R\$2.118,64, indicado pelos autuantes, e após examinar as notas fiscais correspondentes, o relator entendeu que devia ser também excluído da autuação o imposto cobrado relativamente às operações realizadas pelo autuado através das Notas Fiscais nºs 3373, 3374, 3387, 3390 e 1854, pois, se referiam a vendas de bens do ativo permanente (móveis e utensílios, ferramentas). Considerou que após as correções acima, a infração restou parcialmente caracterizada, inclusive elaborando demonstrativo, relacionando as notas fiscais, e os valores da base de cálculo e ICMS dos meses de setembro/98, julho/99, janeiro e abril/2000.

Deste modo, considero que a parte sucumbente do lançamento tributário em exame não cabe nenhum reparo, uma vez que os próprios autuantes retificaram o valor inicialmente apurado e o

relator constatou que outras notas fiscais se referiam a vendas de bens do ativo permanente e corrigiu os valores indicados pelos autuantes. Assim, relativo ao Recurso de Ofício, voto pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo.

Relativamente ao Recurso Voluntário, antes de adentrar ao mérito, requer seja apreciada a preliminar de decadência argüida pelo recorrente, que já fora suscitada na peça de impugnação e foi refutada fundamentadamente na Decisão atacada, quanto às infrações anteriores a outubro de 1998, pois entende o recorrente que deve ser obedecido ao que determina o art. 150, § 4º do CTN.

Não assiste razão ao recorrente, por que vige a regra do art. 173 inciso I do CTN. É a regra prevista no art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), onde estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, a incidência da regra do art. 150 e seu § 4º, pressupõe as situações em que o contribuinte lançou o valor do tributo e antecipou o pagamento, antes de a autoridade administrativa proceder a homologação. De modo que se o pagamento do tributo não foi antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, e sim lançamento de ofício, hipótese em que se aplica o art. 173, I do CTN.

Assim sendo, uma parte dos fatos geradores do exercício de 1998, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/99, cujo prazo final se daria em 31/12/2003. E o lançamento ocorreu em 30/09/03, logo não há o que se falar em decadência.

Quanto às infrações argüidas no Recurso Voluntário passo a analisar o mérito.

Verifico que as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, todas se referem a falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação, variando apenas quanto a forma como foi apurado.

A infração 1 apurada entre a diferença do DAICMS e o Relatório de Faturamento Analítico; A infração 2, da diferença entre os valores tributados indevidamente como ISS nos Relatórios de Faturamento Analítico -IMPR608 e Sintético - IMR71R01, tendo a fiscalização considerado que os serviços são tributados pelo ICMS; A infração 3 trata de diferença de valores considerados não tributados no Relatório de Faturamento Analítico e no Sintético, em que os valores lançados no Relatório Sintético são superiores aos destacados no Analítico; A infração 4 referente ao serviço prestado de telecomunicação que foi lançado como não tributado no Relatório Analítico – IMPR933; A infração 5 tem o mesmo teor da infração 2, em que foi lançado no Relatório de Faturamento Analítico como tributado pelo ISS e a infração 6, idêntica ao que foi descrito no item anterior em que se lançou no Relatório de Faturamento Analítico como tributados pelo ISS, e se referem a aluguel de equipamentos que são considerados indispensáveis para a prestação do serviço de telecomunicação.

As infrações foram demonstradas pelos autuantes, como sendo: infração 1 (fl. 160), referente ao exercício de 1998 e 2000-; infração 2 (fl. 161) referente aos exercícios de 1998, 1999 e 2000; Infração 3 (fl. 162); infração 4 – (fl.163 a 383); referente ao período de 1998, 1999 e 2000; Infração 6 (fls.384 a 490), referente aos exercícios de 1998, 1999 e 2000.

Quanto ao argumento recursal de que os autuantes utilizaram uma sistemática que ao final acabou por tributar receitas auferidas pelo recorrente como se as mesmas fossem fatos geradores do ICMS, e não se aprofundaram nas características dos produtos oferecidos pelo recorrente, bem como na forma de elaboração dos documentos fiscais e de suporte, entendo razão não assistir ao recorrente uma vez que a fiscalização baseou-se no Portifólio da empresa onde há a descrição dos serviços, e as intimações acostadas 94 a 107 comprovam o cuidado dos autuantes em solicitarem toda a documentação necessária, esclarecimentos dos relatórios, e sobre os resumos

anuais de serviços referentes a valores não tributados, as notas fiscais referentes aos serviços prestados para empresas públicas e órgãos do serviço público (fl. 103).

Também não prospera o argumento de que nas infrações de nº 1 a 6, os autuantes consideraram todas as receitas como se fossem tributadas pelo imposto estadual, incluindo as decorrentes de locação de equipamentos (bens móveis) e da prestação de serviços de comunicação às entidades e órgãos isentos, e ainda que dentro de uma mesma sigla existem diversos serviços, onde alguns são tributados pelo ICMS, outros pelo ISS e outros que estão sujeitos apenas a encargos diversos, por que no que concerne à locação dos equipamentos a autuação está respaldada no Parecer da DITRI/GECOT que respondeu consulta sobre incidência de ICMS na locação de equipamentos para prestação de serviços de telecomunicação por empresa de telefonia fixa.

No que se refere ao item 4, que o recorrente alega ter os autuantes deixado de considerar os serviços prestados a contribuintes que gozam do benefício da isenção do ICMS, como as repartições consulares, representações de organismos internacionais e órgãos da administração pública e outros, não podem ser acatados tais argumentos, uma vez que os autuantes em diversas intimações solicitaram ao contribuinte, esclarecimentos e informações complementares, e não foi entregue à fiscalização nenhum documento comprobatório, conforme as intimações às fls. 51, 52, 53, 54, 95, 96, 97 102 e 103 dos autos. É que analisando os relatórios analíticos do autuado não detectaram nos exercícios de 1998 a 2000, faturamento para aqueles órgãos considerados isentos, e que a maioria das empresas eram entidades privadas que não gozam do benefício da isenção, conforme fls 163 a 383 dos autos.

Ademais, o recorrente no Recurso Voluntário teve mais uma oportunidade de apresentar as notas fiscais emitidas para os órgãos que de acordo com a regra convenial (Convênios nºs 158/94 e 107/95) estariam isentos do pagamento do imposto quanto aos serviços prestados, e limitou-se tão-somente a alegar, sem apresentar a prova que pudesse elidir a autuação.

Relativo às Infrações 7 e 8, que dizem respeito à falta de estorno de crédito fiscal apropriado em sua totalidade, e referente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, em decorrência do contribuinte realizar prestações de serviços de telecomunicações considerados isentos e não tributados pelo ICMS.

Como prova das infrações, foram juntados aos autos pelos autuantes às fls. 491 a 494 os demonstrativos de cálculo do ICMS devido e que não foram objeto de estorno por parte do autuado.

O autuado alegou que as infrações que lhes foram imputadas já foram exigidas em outro lançamento anterior, através do Auto de Infração nº 279692.0003/02-8, e pede que sejam declarados nulos. Porém a alegação não pode ser acolhida porque segundo informaram os autuantes, na informação fiscal manifestada no Auto de Infração acima referido (fls. 3382 a 3386), eles solicitaram a exclusão dos valores exigidos nos referidos itens e os julgadores da 2ª Junta de Julgamento Fiscal acataram os argumentos dos autuantes.

Logo, este argumento do recorrente já foi apreciado na Decisão recorrida, e assim não estariam sendo exigidos duplamente os valores relativos à falta de estorno, referente à energia elétrica conforme demonstrativos de fls. 491 a 494 dos autos.

Concernentes às infrações de 9 a 13 dos autos, o autuado alega que não se aplica o art. 100, § 7º do Regulamento. Diz que não ficou provada a desincorporação ou baixa dos bens nos livros de controle do ativo permanente.

As infrações em questão exigem a falta de estorno relativo à saída de bens do ativo permanente para conserto, ou a título de empréstimo, cujo retorno não foi comprovado.

O recorrente alega que a fiscalização não comprovou que tenha havido uma efetiva alienação, e pelo fato de não ter identificado as notas fiscais de retorno optou por desconsiderar o crédito, mas que os bens continuam a integrar o ativo permanente.

Também levanta a tese de que um determinado bem que integra o ativo imobilizado pode sair do estabelecimento sem que se configure baixa, por exemplo, no caso de bens dados em comodato ou empréstimo, como tanques e bombas, no caso das distribuidoras de combustíveis. E diz que este seria o seu caso, por que entre as saídas existem transferências entre filiais da empresa de antenas “Vsat” e de outros equipamentos, além de saídas para consertos desses materiais, citando para tanto o art. 341 inciso I, “c” do Regulamento (que prevê a suspensão do imposto nas remessas internas e interestaduais para conserto) e a Cláusula primeira, alíneas “a” e “b” do Convênio nº 105/95.

Ocorre que não pode ser acolhido tal argumento, por que o recorrente foi intimado pelos autuantes para que comprovasse o retorno dos bens ao estabelecimento e não foram atendidos até a data da lavratura do Auto de Infração.

Verifico que os fiscais elaboraram demonstrativos das infrações, conforme fls 59 a 76 e 79 a 83 dos autos. Assim, em face de não ter ocorrido o retorno dos bens, que a legislação tributária estipula, considera-se que houve a venda ou a transferência definitiva dos aludidos bens. A regra de suspensão do imposto conforme § 3º do art. 627 é de 180 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transferência da propriedade, sendo que esse prazo pode ser prorrogado por igual período, desde que requerido pelo interessado à repartição fiscal.

Outra alegação que não pode ser acolhida, é a de que a maior parte dos bens foram adquiridos em período anterior à Lei Complementar nº 87/96, uma vez que não apresenta o documento que registra o Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente (CIAP), para provar o que alega, tendo em vista que antes da referida lei, a legislação do ICMS não autorizava a apropriação dos créditos referente às entradas de bens para que o Ativo Permanente. Deste modo, considero que a exigência fiscal é pertinente, consoante o disposto no § 7º inciso I e II do art 100 do RICMS/97, que determina o estorno do crédito, para as hipóteses elencadas nas infrações 9 a 13 da peça vestibular.

Os autuantes apresentaram, ainda, o demonstrativo analítico das infrações acima referidas como sendo:

A infração 9 (fl. 69 a 75 e 1685 a 1690), a Infração 10 (fl. 1963 e 1964), Infração 11 (fl. 76), Infração 12 (fl. 59 a 68 e 2168 a 2177) e a Infração 13 (fl. 79 a 83).

Quanto à infração 14 (fl. 77 e 3057), o recorrente não apresentou nenhum argumento o que demonstra que aceitou os valores remanescentes da autuação, decididos em 1ª Instância.

Por derradeiro, apresenta razões no Recurso Voluntário quanto à infração 15 (fl. 3086), que trata de falta de recolhimento na prestação de serviços de comunicação referente a ligações internacionais que são cobrados pela Telemar e repassados ao recorrente. Alega que até a realização da privatização pela Telebrás, era somente uma empresa destinada a explorar os troncos de telecomunicações existentes de modo que cedia à TELEBAHIA hoje TELEMAR, os meios necessários à realização da prestação de serviços de telecomunicações para os usuários.

Assevera que uma simples análise pericial nos livros fiscais da TELEBAHIA, a ser requerida, comprovará que até 31/12/99, a mesma escriturou e registrou a obrigação de recolhimento do “ICMS”, tendo, no entanto, optado por não efetuar o recolhimento do tributo sobre as prestações de serviços de comunicação internacional.

Diz o recorrente que, apenas, cedia os meios de redes de telecomunicações às empresas operadoras de telefonia local (p. ex: Telemar), as quais eram as únicas que se encarregavam da prestação de serviços de comunicações, nesses incluídos as ligações internacionais (DDI) e interurbanas (DDD), cabendo somente às operadoras de telefonia local a responsabilidade pela cobrança do serviço prestado, e o conseqüente recolhimento dos tributos incidentes sob a remuneração auferida.

Faz referência a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97 e diz que com base na citada lei, a ANATEL estabeleceu através do Plano Geral de Outorgas, a modalidade de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), tendo firmado com o recorrente em 02/06/1998, contratos de Concessão para exploração daquele serviço nas modalidades Longa Distância Internacional (DDI) e Longa Distância Nacional (DDD).

Diz ainda que até janeiro de 2000 não existem contas de telefonia residencial emitidas pelo recorrente sendo todas encaminhadas pela operadora local, e que os próprios contratos de concessão firmados com o órgão regulador – ANATEL, editou a Resolução nº 86 de 30/12/1998, concedeu um prazo às empresas operadoras para a adaptação às novas regras.

E afirma que se competia às empresas operadoras de telefonia local a realização de todas as atividades relacionadas à prestação de serviços de comunicações, não haveria dúvidas que até 31/12/1999 eram das operadoras a responsabilidade pelo pagamento do ICMS.

Os autuantes na informação fiscal, esclareceram que a infração em questão, refere-se a fatos geradores do período de abril a setembro/98, quando a TELEBAHIA efetuou repasse dos valores relativos aos serviços de longa distância internacional – DDI ao autuado – códigos 256 e 257, os quais foram cobrados pela empresa repassadora dos seus clientes, cujos valores foram extraídos do relatório elaborado pelo autuado (DETRAF – entidade 71 – TELEBAHIA, referência R-CEC868-04 – Tráfego Internacional), anexado aos autos às fls. 3088/3280.

Sustentam que as alegações defensivas resumem-se na tentativa de descaracterizar a empresa de exploradora do serviço de longa distância internacional, ao imputar a responsabilidade às operadoras locais, no caso a TELEBAHIA, tudo com o objetivo de se eximir do pagamento do ICMS incidente sobre o referido serviço.

Salientam que à época dos fatos geradores, a concessão e exploração dos serviços de longa distância internacional – DDI eram de exclusividade do autuado, cabendo a TELEBAHIA, por força de determinação dos órgãos reguladores dos serviços de telecomunicações, apenas o faturamento e a cobrança junto aos clientes, para fins de repasse ao mesmo, conforme contrato de Co-faturamento firmado entre as partes.

Esclarecem que com o processo de privatização das telecomunicações, foram implementadas mudanças profundas na estrutura e regulamentação do referido setor a partir do exercício de 1998, cujas alterações geraram e geram, ainda hoje, interpretações divergentes sobre diversos pontos entre as empresas que operam no referido seguimento, sobretudo no que diz respeito à tributação do ICMS no STFC – Serviço Fixo Comutado de Longa Distância Internacional.

Observo que os autuantes fizeram um breve histórico sobre a reestruturação implementada e transcreveram a fl. 3446 algumas das normas editadas, quer em nível de lei, de decreto e de resolução.

Com relação às alegações defensivas, os autuantes assim se pronunciaram:

- a) No que se refere à citação feita a Portaria nº 1.149/74, esclarece que a mesma foi revogada em 1988 e, por não estar em vigor, não serve para justificar ou ajudar na conclusão de que o autuado não prestava o serviço DDI;

- b) Quanto a Portaria nº 525/88, os autuantes transcreveram à fl. 3447 parte do seu teor e disseram que da simples leitura do seu texto, chega-se à conclusão de que a mesma não definia que a EMBRATEL “continuasse cabendo a cessão onerosa de meios físicos”, muito pelo contrário, definia claramente que a mesma cabia explorar serviços públicos, tanto que destaca os internacionais existentes à época, como telex, comunicação de dados, inclusive os telefônicos interestaduais e internacionais;
- c) Com relação à interpretação dada pelo autuado ao art. 21, da Resolução nº 33, da ANATEL, aduzem restar claro que o mesmo tenta induzir a erro, bastando, para tanto, observar o que determina a alínea “a”, do seu art. 21, o qual foi transcrito de forma “errada”, oportunidade em que transcreveram o teor correto do referido dispositivo. Frisam que o objetivo da ANATEL foi no sentido de que as operações de faturamento e cobrança realizados gratuitamente por ocasião em que as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico (TELEBRAS), não fossem interrompidas em função da concorrência, o mesmo ocorrendo em relação às operações como elaboração de DETRAF, a qual era feita exclusivamente pela EMBRATEL para todas as operadoras, que continuariam a ser gerados gratuitamente até 31/12/99;
- d) Aduzem, com base nas determinações do art. 23, da Resolução nº 33, da ANATEL, foi firmado um contrato de “co-faturamento” entre a operadora local (TELEBAHIA) e a EMBRATEL, através do qual se evidencia em seu objeto, de forma cabal, que as atividades desenvolvidas pela primeira era a cobrança, a arrecadação e o repasse dos valores à segunda. Citam entendimento da GECOT/DITRI, com relação ao contrato de co-faturamento, cuja cópia do Parecer consta às fls. 155 a 158 dos autos, além de transcrever decisões exaradas por órgãos administrativos colegiados de outras unidades da Federação.

Às fls. 3450 a 3453, os autuantes fizeram uma abordagem acerca de como funciona a prestação de serviço telefônico fixo comutado, na modalidade longa distância internacional – DDI, de como era efetuada a cobrança junto aos usuários, bem como sobre a divisão das receitas.

Esclarecem que o autuado, com base nas normas emanadas da TELEBRÁS, elaborou o documento DETRAF (Documento de Declaração de Tráfego e de Prestação de Serviços), referência R-CEC868-04 – Tráfego Internacional, entidade 71 – TELEBAHIA, cobrando os valores referentes ao repasse de receitas dos códigos 256 (internacional telecard), no período de abril a setembro/98, através do qual foi exigido o imposto sobre as referidas receitas (ver fls. 3086/3280).

Já o recorrente afirma que só a partir de 01/01/2000, é que passou a ser responsável pela prestação de serviços nacional e internacional, de acordo com as resoluções expedidas pela ANATEL, e que no período constante no Auto de Infração as atividades desenvolvidas para a ocorrência do fato gerador competiam às empresas operadoras de telefonia local até 31/12/1999.

Os autuantes citaram decisões administrativas de outros Estados, considera que nas prestações de serviços de telecomunicações na modalidade de longa distância internacional, a concessão é da EMBRATEL. De onde se conclui que cabia à Telebahia somente o faturamento e a cobrança do serviço ao usuário e depois repassava os valores ao recorrente.

De tudo que foi esclarecido pelos autuantes e com a juntada de demonstrativos elaborados pelo recorrente, no caso o documento DETRAF referência R-CEC868-4 – Tráfego Internacional, entidade 071 – TELEBAHIA, onde cobra os valores relativos ao repasse de receitas dos códigos 256, entendo que o recorrente não logra elidir a acusação de que as receitas dos serviços de comunicação a longa distância (DDI) embora cobrado dos assinantes pela Telebahia hoje Telemar, lhes foram repassadas, e portanto, que o imposto é da sua responsabilidade. E nas razões do Recurso

Voluntário o recorrente em momento algum admite que as receitas eram repassadas através dos demonstrativos por ele mesmo elaborado.

Por todo o acima exposto, em consonância com a manifestação da PGE/PROFIS, a Decisão de 1ª Instância deve ser mantida, e, o Recurso Voluntário NÃO PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, quanto ao item 15, e por maioria, quanto aos itens 4, 5 e 6, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300199.0002/03-3, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.714.731,13**, sendo R\$28.331.037,13, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$1.383.694,00, acrescido de idêntica multa, e demais acréscimos legais.

QUANTO À ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA E AOS ITENS 4, 5 e 6

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) **Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins e Antonio Ferreira de Freitas.**

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) **Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão e Rosa Maria dos Santos Galvão.**

QUANTO AO ITEM 15

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) **Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins, Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão e Rosa Maria dos Santos Galvão.**

VOTO VENCIDO: Conselheiro **Marcos Rogério Lyrio Pimenta.**

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS