

PROCESSO - A. I. Nº 108580.0099/04-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VESPER S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0060-04/ 05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 17/05/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE BENS PARA COMODATO. Os bens objeto de comodato permaneceram, todo o tempo, sendo utilizados nas atividades do autuado. Não é cabível o cancelamento do crédito fiscal. Vencido o voto do relator quanto à fundamentação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/9/2004 para exigir ICMS no valor de R\$113.704,12, acrescido da multa de 60%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$362.931,87, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de imposto referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.
2. Multa pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura.
3. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bens destinados à locação ou arrendamento a terceiros

O julgador de Primeira Instância diz: (I) que não havendo contestação por parte do sujeito passivo com referencia às infrações 1 e 2, tendo o autuado recolhido o imposto, com os acréscimos moratórios e a multa devida, mantenho os valores apurados pela fiscalização; (II) quanto à infração 3, que trata do estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal, e que foram objeto de saídas destinadas a locação ou arrendamento, os autuantes consignaram no corpo do Auto de Infração, como também afirmaram em sua informação fiscal, que o motivo da autuação teve como base o fato do autuado ter adquirido “Estação Terminal de Assinantes (telefone)” com a finalidade de ser emprestada em regime de comodato aos seus clientes; (III) o impugnante alegou que tal bem integrava seu ativo permanente, indispensável à sua atividade-fim e discorreu pormenorizadamente sobre o princípio constitucional da não-cumulatividade e das determinações (direitos e vedações), quanto a créditos fiscais insertas na LC nº 87/96 e Lei Estadual nº 7.014/96; (IV) como o CONSEF, em outras decisões sobre a mesma matéria, concordou com o entendimento do defendente, opinião que também comunga, transcreve parte do voto no Acórdão JJF nº 0027-04/05, que passa a integrar o seu voto.

Concluindo, considera a infração em comento insubsistente, e vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, com homologação dos valores recolhidos.

VOTO

Em processos semelhantes, inclusive contra o mesmo contribuinte, este Conselho tem decidido pela improcedência da autuação, por entender que se trata *in casu*, de bens - estações terminais - que a empresa cede a seus clientes para serem utilizados nos serviços de telecomunicações por ele mesmo prestados, objeto, portanto de sua atividade empresarial. Por todas essas razões e respaldado nas fundamentações do ilustre julgador de Primeira Instância, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

VOTO EM SEPARADO

Em outro processo semelhante a este manifestei minha concordância pela improcedência da autuação tomando por base o fato de que a acusação fiscal tinha por premissa os estornos de crédito em razão de saídas de bens a título de comodato. Esta acusação frente à legislação tributária em vigor não tem sustentação.

Estou me referindo ao Processo nº 108580.0098/04-2, onde a VESPER S/A figurou no pólo passivo da obrigação tributária. Adoto neste litígio administrativo a mesma fundamentação externada naquele processo, razão pela qual passo a reproduzir, abaixo, o voto por mim exarado naquela ocasião, que contém fundamentação distinta da apresentada pelo Conselheiro Fauze Midlej ao decidir a presente lide fiscal.

Eis o voto em sua inteireza:

“Acolho os fundamentos externados no voto do ilustro Cons^o. Fauze Midlej, que manifestou sua concordância com a linha de pensamento dos integrantes da Junta de Julgamento, mas entendendo ser necessário acrescer à Decisão do colegiado desta Câmara outros fundamentos, de forma que fique bem delimitado o alcance da deliberação pela improcedência do Auto de Infração e, em consequência, o IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Circunscreve-se a questão à infração nº 4. Devo inicialmente dizer que o ato administrativo de lançamento, objeto deste julgamento, encontra-se motivado no fato de que os bens do ativo permanente do autuado foram cedidos em comodato aos assinantes do serviço de telecomunicação prestado pela empresa autuada. Em razão desse motivo a fiscalização estornou os créditos fiscais apropriados pelo contribuinte, respalda no Parecer DITRI nº 4455/2004, anexado a este processo.

Neste citado Parecer é manifestado o entendimento de que as saídas dos aparelhos em comodato ou locação, por estarem essas operações fora do campo de incidência do ICMS, nos termos do RICMS/BA, ensejam os estornos ou anulação dos créditos fiscais, conforme previsão estampada no art. 100, inc. VI, da norma regulamentar.

Entendo que há flagrante equívoco jurídico no mencionado Parecer. Primeiro, ao equiparar comodato à locação considerando que a norma regulamentar, que veda a apropriação dos créditos fiscais, não contém em seu texto a expressão “comodato”. Segundo, as saídas a título de comodato não implicam em desincorporação dos bens do ativo fixo da empresa. Terceiro, a cessão dos bens, neste específico caso, estava diretamente vinculada à atividade de prestação de serviços de comunicação, pois os aparelhos, denominados, “estações terminais de telefonia”, se prestam à transmissão das “ondas de rádio”, que constitui meio indispensável à realização do serviço. Houve, portanto, cessão de meios físicos, a título, de comodato, havendo vinculação direta entre a prestação do serviço e a remessa dos bens.

Considerando os fatos acima descritos, integrantes da peça de lançamento e seus

demonstrativos, foi estabelecido os limites de apreciação da lide pelo órgão julgador administrativo, pois o Auto de Infração encontra-se motivado no pressuposto de que as saídas de bens do ativo permanente da empresa se deram ao amparo de contratos de comodato.

Em outras palavras: se o ato administrativo de lançamento pautou-se na tese de que as operações de saída estavam sob o agasalho do instituto do comodato, a lide fiscal ficou delimitada ou vinculada a esta motivação. De acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes, do administrativista Hely Lopes Meirelles, os fatos que serviram de suporte ao ato administrativo integram a validade do mesmo e uma vez enunciado os motivos em que se calçou, o ato só será válido de realmente estes ocorrem e o justificarem.

Não procede a autuação, no caso em lide, pois a motivação do estorno de créditos calcado em saídas de bens de ativo permanente, a título de comodato, não tem previsão na lei. Em acréscimo a esse fundamento, ficou também demonstrado que os bens continuaram vinculados à atividade principal da empresa, ou seja, na execução dos serviços de telecomunicação, incorporados, portanto, ao seu ativo físico.

Todavia, é importante ressaltar que não fica afastada a possibilidade do fisco, em outro procedimento fiscal, apurar novos fatos, sob outra fundamentação jurídica, de forma a vir demonstrar que o ato jurídico praticado pela empresa não se operou ao agasalho do comodato. Se acaso, após nova investigação fiscal, forem apurados elementos, de ordem fática ou de ordem jurídica, que impliquem na desconstituição do ato jurídico originalmente praticado, abre-se a possibilidade do fisco elaborar outro processo, com motivação distinta”.

Assim, concluo meu voto, concordando com o relator na deliberação pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, porém lastreado nos fundamentos acima apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108580.0099/04-9, lavrado contra **VESPER S/A**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.704,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014.96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$362.931,87**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, do mesmo Diploma Legal, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fauze Midlej, José Hilton de Souza Cruz, José Antonio Marques Ribeiro, Álvaro Barreto Vieira e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO EM SEPARADO: Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

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