

A. I. N° - 232882.0004/09-0
AUTUADO - VIVO S/A.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 09.11.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0309-05/09

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO NÃO VINCULADOS À PRESTAÇÃO SEGUINTE DA MESMA NATUREZA E TRIBUTADA PELO ICMS. É legítimo o aproveitamento de crédito de serviços de telecomunicação obrigatórios e de idêntica natureza. O contribuinte não conseguiu comprovar a origem de todos os créditos. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 15/06/2009, foi exigido ICMS no valor de R\$486.775,65, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, 'a' da Lei nº 7.014/96, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, referente a serviços de comunicação não vinculados à prestação seguinte de mesma natureza tributada pelo imposto.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 362 a 375, através de advogados regularmente constituídos, com procurações e atos constitutivos às fls. 376 a 393.

Após transcrever os fatos e a fundamentação da exigência fiscal, aduz que se está a impedir creditamento relativo a serviços de telecomunicações a si prestados, que dizem respeito a chamadas efetivadas (por clientes e por funcionários) para ultimação da assistência gratuita via CALL CENTER. As chamadas de atendimento gratuito realizadas por clientes são cobradas da VIVO, pois não podem ser debitadas ao cliente por expressa disposição normativa (obrigatoriedade do oferecimento gratuito de CALL CENTER determinada pela Resolução ANATEL 316/2002). Aquelas realizadas por funcionários são feitas no interesse e para a viabilidade da prestação dos serviços da impugnante.

Entende que a autuação não pode prosperar porque os créditos são decorrentes de imposto incidente sobre serviços de CALL CENTER prestados por empresas de telefonia fixa, com o objetivo de ultimar a prestação de serviço de mesma natureza, ou seja, de telecomunicação.

Argumenta que os créditos em tela são aqueles decorrentes de chamadas efetuadas por operadoras de telefonia fixa, pagas pela empresa ora autuada para a promoção do serviço de CALL CENTER. Pondera que a alíquota diferenciada (reduzida em 40%) utilizada nos cálculos da auditoria – que tem como fundamento o art. 1º do Decreto nº 7.726/99 -, é a prova de que os créditos aproveitados são oriundos de imposto incidente sobre ligações direcionadas a número disponibilizado para o mencionado serviço. Tal benefício, segundo afirma, foi aplicado no cálculo destacado nas notas fiscais (doc. 05).

À fl. 366, lista algumas das notas fiscais anexadas ao Auto de Infração impugnado, cujas alíquotas utilizadas foram reduzidas em 40%, ou seja, para 16,2%.

Já os demais créditos aproveitados do montante autuado são decorrentes de ligações efetuadas por seus funcionários lotados no setor de CALL CENTER e demais funcionalidades essenciais ao

funcionamento desta área. São chamadas realizadas para a promoção do atendimento adequado previsto pelas normas de regulação dos serviços de telefonia, sem os quais a prestação não seria realizada de forma adequada.

Aduz que os serviços de comunicação contratados junto às empresas de telefonia em cumprimento de condição legalmente fixada se encaixam no conceito de “*serviços utilizados na execução de serviços de mesma natureza*”, a que alude o art. 97, III, “a” do RICMS/BA.

Em seguida, demonstra a imprescindibilidade fática e jurídica (Resolução ANATEL 316/2002, Lei nº 9.472/97 e art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor) da contratação de linhas telefônicas destinadas ao atendimento em CALL CENTER para a manutenção dos seus serviços.

Portanto, assevera, não há como individualizar esse serviço como se fosse atividade apartada daquele de telecomunicação, não é prestada de forma diferenciada, tampouco cobrada, mas integrante essencial e imprescindível da sua atividade principal. Inclusive, não há como conceber a contratação independente dessa prestação por parte do cliente.

Argumenta que a imediatidade não é requisito disposto no art. 97, III, “a” do RICMS/BA para aproveitamento dos créditos do ICMS. O artigo não dispõe que o creditamento do imposto somente seria permitido quando o serviço de telecomunicação fosse vinculado à prestação imediatamente seguinte de mesma natureza. O dispositivo estabelece somente a necessidade de uma vinculação, que não necessita revelar-se instantânea.

Às fls. 372 a 375, extrai trechos de decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, onde se concluiu pela legitimidade dos créditos.

Encerra pleiteando a procedência da impugnação.

Os autuantes juntam informação fiscal às fls. 523 a 526. Afirmam que os documentos de fls. 7 a 13 e 53 a 353 reclamam R\$486.775,65 referentes aos créditos glosados, e que o sujeito passivo não comprovou que a quantia de R\$361.409,05 diz respeito a ligações efetuadas por funcionários da empresa para a ultimação do serviço de CALL CENTER.

Asseveram que o serviço em tela não é obrigatório nem vinculado à atividade do contribuinte, e que o disposto na Resolução nº 316/02 da ANATEL permite a prestação dos mesmos através de postos de atendimento. Para fins fiscais, a normatização da ANATEL não implica em atribuir à necessidade técnica (exigência administrativa) o mesmo valor da exigência jurídica. Salientam que o sujeito passivo já foi autuado por questão de idêntica natureza, tendo adimplido o débito, o que significa ter acatado a procedência do quanto exigido. Entendem que a decisão do TIT/SP emana de órgão de outra unidade federada, não podendo ser utilizada como paradigma.

Concluem requerendo a procedência do Auto de Infração.

Foram apresentadas memórias após a instrução por parte do contribuinte, onde sustenta suas razões de defesa.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência de ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente a serviços de comunicação não vinculados à prestação seguinte de mesma natureza tributada pelo imposto.

O sujeito passivo aduz que se está a impedir creditamento relativo a serviços de telecomunicações a si prestados, que dizem respeito a chamadas efetivadas (por clientes e por funcionários) para ultimação da assistência obrigatória (Resolução ANATEL 316/2002) e gratuita via CALL CENTER.

Os autuantes afirmam que o serviço em tela não é obrigatório nem vinculado à atividade do contribuinte, e que o disposto na Resolução 316/02 da ANATEL permite a prestação dos mesmos através de postos de atendimento. Aduzem também que os documentos de fls. 7 a 13 e 53 a 353

reclamam R\$486.775,65 referentes aos créditos glosados, e que o sujeito passivo não comprovou que a quantia de R\$361.409,05 diz respeito a ligações efetuadas por funcionários da empresa para a ultimateção do serviço de CALL CENTER.

O fato de o sujeito passivo já ter sido autuado por questão de idêntica natureza, tendo adimplido o débito, não afasta o seu direito e a sua garantia à ampla defesa e ao contraditório, princípios plasmados no art. 2º do RPAF/99.

Não assiste razão aos autuantes quando asseveram que a decisão do TIT/SP emana de órgão de outra unidade federada, não podendo ser utilizada como paradigma. O que tal decisão não possui é efeito vinculante, poder concedido apenas às decisões emanadas do STF, a exemplo das súmulas vinculantes e dos efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado por meio de ADIN (parágrafo único do art. 28 da Lei Federal nº 9.868/99). O realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência – administrativa ou judicial –, extrair do estudo do que restou concluído no passado, o norte para decisões a serem tomadas em casos futuros.

O princípio da razoabilidade permeia não somente o processo administrativo fiscal, mas o Sistema Jurídico como um todo. Primeiramente, observo que o art. 82 da Resolução ANATEL 316/2002, que não é norma administrativa nem técnica, mas jurídica, tendo-se em vista o poder de regulação da Agência, determina que a prestadora deve tornar disponível o acesso telefônico gratuito a setor de informação e de atendimento ao usuário (fl. 368). Assim, de acordo com o dispositivo supra, o serviço de CALL CENTER é obrigatório. Não seria razoável cogitar tal prestação em postos de atendimento. O serviço através de linhas gratuitas já é por si só congestionado e insatisfatório aos mínimos direitos do cidadão, consumidor e contribuinte. Não seria lógico concebê-lo em postos de atendimento, fato que sem dúvidas afrontaria o quanto disposto no art. 6º, III do CDC.

Em verdade, entendo que a presente situação remete ao princípio da não-cumulatividade, estabelecido no art. 155, parágrafo 2º, I da CF, operacionalizado através de compensações dos créditos do imposto gerados por aquisições de bens e serviços com débitos originados de vendas ou prestações de serviços.

Dessa forma, ao apropriar os créditos sob análise – decorrentes de aquisições de serviços essenciais ao desenvolvimento de suas atividades –, o autuado age em observância à diretriz constitucional acima citada.

Segundo a legislação que regula a atividade do sujeito passivo, o mesmo está obrigado a manter à disposição dos usuários, de forma incondicional, gratuita e contínua, o acesso às informações adequadas sobre os serviços prestados, por meio de atendimento. Nesse diapasão, a impugnante celebra contratos de prestação de serviços de comunicação com terceiros (operadores de telefonia fixa), por meio dos quais disponibiliza acesso gratuito aos setores de informação e atendimento. A eventual indisponibilidade de manutenção do serviço de CALL CENTER poderá resultar na cassação da autorização relativa ao desenvolvimento de suas atividades essenciais.

Portanto, concluo que não há ilegitimidade na fruição dos créditos comprovadamente originados da contratação de serviços de telefonia fixa. Digo comprovadamente porque, ao compulsar os autos, verifiquei que o autuado somente comprovou que R\$125.363,39 são referentes a serviços de CALL CENTER (fls. 432 a 475). Outros R\$361.412,26 restaram - dos créditos exigidos nos demonstrativos de fls. 07 a 13 -, sem comprovação da alegada origem na peça de impugnação conforme quadro abaixo:

JAN	VALOR	FEV	VALOR	MAR	VALOR	ABR	VALOR	MAI	VALOR	JUN	VALOR
06/01/04	3,26	16/02/04	15,61	18/03/04	15,80	09/04/04	3,22	22/05/04	15,70	04/06/04	3,22
18/12/04	6.133,61	06/02/04	1.313,74	18/03/04	7.540,06	21/04/04	15,57	22/05/04	8.606,91	17/06/04	15,57
19/01/04	11.867,83	16/02/04	9.254,12	27/03/04	13.689,40	09/04/04	1.776,55			25/06/04	14.886,03
18/12/03	15,57	25/02/04	11.782,75			01/04/04	4.875,49				
26/01/04	11971,35					21/04/04	9.830,45				
						25/04/04	11.731,58				
TOTAL	29.991,62		22.366,22		21.245,26		28.232,86		8.622,61		14.904,82

TOTAL GERAL	125.363,39
-------------	------------

Ante o exposto, com fundamento nas razões acima expendidas e nos arts. 142 e 143 do RPAF/99, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$361.412,26.

Registro que no período de fev/04, o autuado comprovou pagamento no valor de R\$11.710,00 a mais do exigido, valor este a ser compensado no mês posterior, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
D. Ocorrência	D. Vencimento	Vlr. Histórico	Multa (%)	Crédito	ICMS Devido
31/01/2004	20/02/2004	68.050,74	60	29.991,62	38.059,12
28/02/2004	20/03/2004	10.656,22	60	22.366,22	0,00
28/03/2004	20/04/2004	112.731,07	60	32.955,26	79.775,81
28/04/2004	20/05/2004	102.468,05	60	28.232,86	74.235,19
28/05/2004	20/06/2004	89.561,58	60	8.622,61	80.938,97
28/06/2004	20/07/2004	25.071,51	60	14.904,82	10.166,69
28/07/2004	20/08/2004	78.074,83	60	0,00	66.364,83
31/12/2004	20/01/2005	161,65	60	0,00	161,65
TOTAL		486.775,65		125.363,39	349.702,26

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232882.0004/09-0**, lavrado contra **VIVO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$349,702,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea ‘a’, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA