

A. I. Nº - 281081.0002/10-7
AUTUADO - TIM NORDESTE S.A.
AUTUANTES - RICARDO R. M. AGUIAR, GILSON DE A. ROSA JÚNIOR e PAULO R. S. MEDEIROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 29.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS EM LOCAÇÃO, FIM ALHEIO AO OBJETO SOCIAL, COM NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. Utilização indevida dos créditos fiscais, quando das entradas de aparelhos celulares, não pela ótica da não incidência do imposto, mas, sim, com o fundamento de que se trata de aquisição de bens com fim alheio à atividade da empresa. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTADA CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigência reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor total de R\$ 145.953,71, acrescido da multa de 60%, inerente ao exercício de 2005, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 82.336,36, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Foi consignado, ainda, que:

“Utilização indevida de crédito fiscal quando da entrada de mercadorias em estoque, que foram utilizadas para prestação do serviço de locação de aparelho.

Na operação fiscal de locação de Aparelho, não existe incidência do ICMS, portanto também não há direito ao crédito fiscal, conforme previsto no art. 97, inciso I, alínea “a”, e também conforme o § 2º, I, deste mesmo artigo do nosso RICMS/BA.

Além disso, a atividade de locação do aparelho tem fim alheio à atividade da empresa, portanto não permite utilização de crédito fiscal, conforme art. 100, inciso I, do Dec. 6.284/97 (RICMS/BA).

Como houve utilização dos créditos fiscais do ICMS quando das aquisições das mercadorias, o estorno deveria ter sido efetuado quando destinadas para locação, o que não foi feito pela autuada, cabendo a esta fiscalização sua exigência, conforme apurado nos Anexos de cobrança 01, 02 e 03, todos apensos a este PAF em meio magnético.”

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 63.617,35, relativo à prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, haja vista que a empresa deixou de tributar serviços básicos de telecomunicações oferecidos a seus clientes, como por exemplo, Pacotes Vip’s, Serviço de Voz, Pacote de Minutos, Ajuste de Chamadas e Mensalidades. Todos esses serviços de telecomunicações prestados são tributados pelo ICMS.

O autuado, através de seus advogados devidamente habilitados, apresenta defesa tempestiva, às fls. 29 a 36, na qual, após citar as acusações fiscais, informa que optou pelo pagamento do débito relativo à segunda infração, conforme Documento de Arrecadação Estadual (DAE), à fl. 71 do PAF.

Em seguida, salienta que na infração 01, o fisco estadual entendeu indevida a utilização de crédito fiscal quando da entrada de mercadorias em estoque, pois verificou que estas mercadorias foram utilizadas para a prestação de serviço de locação (comodato) de aparelhos celulares. Entendeu, ainda, que na locação (comodato) de aparelhos celulares não há incidência do ICMS, e que a locação (comodato) de aparelhos tem fim alheio à atividade da empresa, portanto os créditos utilizados devem ser estornados, consoante artigos 97, I, “a” e § 2º, I, do RICMS/BA.

Ressalta tratar-se de uma empresa que atua no segmento das telecomunicações, sendo inquestionável que os aparelhos em questão são utilizados na atividade-fim da empresa, isto é na atividade de serviço de telefonia.

Aduz que para desempenhar as suas atividades transferiu estes aparelhos do seu estoque para o seu ativo imobilizado para promover sua atividade-fim, que consiste na prestação de serviços de telecomunicações, através da cessão de aparelhos telefônicos em comodato.

Defende que a cessão de aparelhos celulares para clientes corporativos a título de comodato é uma atividade claramente vinculada à prestação de serviços de telefonia celular, uma vez que, em virtude da forte concorrência apresentada neste mercado, tal prática tornou-se comum a todas as empresas do ramo, sendo essencial na captação e manutenção desses clientes. Registra que, além disso, sem a utilização de aparelho celular não pode haver a prestação de um serviço de telefonia. Logo, não é difícil concluir, em sendo essencial à prestação de serviços que exerce a empresa, é natural que os aparelhos não sejam alheios à atividade exercida pela empresa.

Assim, por se configurar parte do patrimônio da empresa e por atender às finalidades desta, os bens cedidos em comodato não enseja a descaracterização do direito ao crédito fiscal, na medida em que inexistente na lei distinção entre bens do ativo fixo e bens do ativo fixo cedidos a terceiros. Cita art. 20, §§ 1º e 5º, da Lei Complementar nº 87/96 e entendimento do STJ para concluir que, ao transferir estas mercadorias do seu estoque para seu ativo imobilizado, passou a ter direito ao crédito fiscal, sendo a exigência fiscal indevida.

Em relação à cessão de mercadorias do ativo permanente em comodato a terceiros, diz que o STJ, no Recurso Especial nº. 791.491 de Minas Gerais, em caso análogo, fixou o entendimento de que o contribuinte não é instado a estornar os créditos fiscais decorrentes das aquisições de bens para o ativo permanente e, posteriormente, cedidos em comodato.

Diante do exposto, o impugnante concluiu possuir o direito ao crédito fiscal, sendo a exigência indevida sob dois fundamentos: 1º) a entrada de mercadorias (aparelhos celulares) para o ativo mobilizado gera direito ao crédito fiscal; 2º) as mercadorias cedidas em comodato (aparelhos celulares) são referentes à prestação de serviços de Telecom, sendo esta a atividade fim da empresa. Assim, requer a improcedência da primeira infração.

Os autuantes, às fls. 92 e 93, prestaram informação fiscal aduzindo que a atividade de locação de aparelhos tem fim alheio à atividade da empresa, portanto não permite utilização de crédito fiscal, conforme art. 100, I, do RICMS/BA, pois é de conhecimento público que a atividade da empresa Tim Nordeste é a prestação de serviços de telecomunicações.

Salientam que na atividade de locação de aparelhos não existe incidência do ICMS, portanto não há direito ao crédito fiscal, conforme previsto no inciso I, “a”, c/c o § 2º, I, do art. 97 do RICMS/BA. Destacam que o próprio art. 20, §§ 1º e 3º, II, da Lei Complementar 87/96, citado pelo autuado, confirma tal entendimento.

Assim, mantém integralmente a autuação.

Às fls. 96 a 99 dos autos, constam extratos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT), relativo ao recolhimento da parte reconhecida pelo autuado, referente à segunda infração.

Após instrução do processo, em 03/03/2011, o autuado apresenta expediente reiterando suas alegações de defesa.

VOTO

Da análise das peças processuais verifico que, apesar de o lançamento de ofício consignar duas infrações, a lide se restringe, unicamente, à primeira infração, uma vez que o contribuinte reconheceu e recolheu, integralmente, os valores exigidos na segunda infração.

Quanto à primeira infração, a qual exige a falta de estorno do ICMS, no valor de R\$ 82.336,36, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal quando da entrada de aparelhos celulares,

utilizados para prestação do serviço de locação, cuja operação não existe incidência do ICMS e, em consequência, não há direito ao crédito fiscal, conforme previsto no inciso I, “a”, e § 2º, I, do art. 97, do RICMS, como também porque a atividade de locação de aparelhos tem fim alheio à atividade da empresa, conforme art. 100, I, do RICMS/BA, o contribuinte se defende alegando que possui o direito ao crédito fiscal, pois se trata de aquisição de aparelhos celulares, destinados ao ativo imobilizado da empresa, para serem oferecidos, em comodato, aos seus clientes para realizarem prestação de serviços de telecomunicações, atividade fim da empresa, do que invoca o art. 20 da LC nº 87/96.

O citado art. 20 da LC nº 87/96, resumidamente, assegura o direito ao crédito do imposto relativo à aquisição de mercadoria destinada ao ativo permanente, excetuando, em seu parágrafo primeiro, as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Assim, da dicção do dispositivo normativo, se extrai que só a aquisição dos bens do ativo permanente inerentes à atividade fim da empresa gera direito ao crédito fiscal do ICMS, ou seja, os bens que se destinem à manutenção da atividade fim da empresa ou exercidos com essa finalidade.

No caso concreto, trata-se de contribuinte com atividade precípua de prestação de serviços de telecomunicações, ou seja, serviços de telefonia, sendo inquestionáveis como bens do ativo permanente suas torres de comunicações, seus computadores utilizados nas prestações de serviços, seus veículos para manutenção de suas redes, enfim todo arcabouço necessário à execução do seu objeto social, ou seja, a prestação de serviços de telefonia.

Contudo, para a efetivação da sua prestação de serviço de telecomunicação não se faz necessária a locação ou o comodato de aparelhos celulares aos seus clientes, mas, sim, da infra-estrutura indispensável à transmissão do sinal de comunicação da telefonia, compreendidos entre cabos, torres de transmissão, computadores, etc.

É admissível que tal conduta (comodato de celulares) deva oportunizar uma maior demanda, por parte dos seus usuários, dos serviços de telecomunicações oferecidos pela concessionária, sendo uma boa estratégia de marketing, contudo a ausência dessa política não iria impedir a consecução da realização dos serviços de prestação de comunicação oferecidos pelo contribuinte, pois, para tal, conforme já dito, se faz mister a infra-estrutura necessária à propagação do sinal de comunicação, cujos aparelhos celulares, certamente, não estão compreendidos, sendo naturalmente adquiridos no comércio pelos seus usuários. Ademais, apesar de não ser relevante, não existe nenhuma garantia de que tais aparelhos, objeto de comodato ou de locação, serão utilizados sempre com os serviços da operadora.

Conforme conduta da empresa autuada, por analogia, as redes de propagação de comunicação televisivas também teriam direito aos créditos fiscais, caso distribuíssem aos seus telespectadores aparelhos receptores dos seus sinais.

Vislumbro que a decisão judicial trazida pelo apelante, relativa à freezers de contribuinte que industrializa produtos que devam ser acondicionados sob baixa temperatura, não se aplica ao caso concreto, pois, neste caso, tal comodato serve como meio de garantir a consistência e qualidade do produto, como também a exclusividade de venda dos produtos ali acondicionados, o que difere do fato sob análise.

Assim, diante de tais considerações, concluo pela subsistência da exigência fiscal, em relação ao estorno de crédito fiscal dos aparelhos celulares, por considerar indevida a utilização dos créditos fiscais quando das entradas desses produtos, não pela ótica de que a utilização é indevida decorrente de saídas com não incidência do imposto, mas, sim, com o fundamento de que se trata de aquisição de bens destinados “a atividade de locação de aparelhos” que “tem fim alheio à atividade da empresa”, conforme foi consignado à fl. 2 dos autos, nos termos previstos no art. 20, § 1º, da LC nº 87/96, recepcionado no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96 e no art. 97, IV, “c”, c/c § 2º, I, do RICMS/BA.

Do exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme documentos às fls. 96 a 99 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0002/10-7**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 145.953,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “b”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR