



ACÓRDÃO Nº 031/2018
PROCESSO Nº: 2011/6040/510128
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2011/002634
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.758
INTERESSADO: BRASIL TELECOM S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.066.151-0
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. EQUIPAMENTOS IMPRECINDÍVEIS PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO NÃO TRIBUTAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS GENÉRICOS. NULIDADE. É nulo a reclamação tributária que não determina com clareza e precisão a infração, prevista no alínea “c” do inciso I art. 35 c/c inciso IV do art. 28 ambos da Lei 1.288/01.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu créditos tributários contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referentes à ICMS incidente nas saídas de mercadorias tributadas sem o destaque do imposto devido em operações de vendas de equipamentos (roteadores e modems) acobertadas por notas fiscais de serviços de telecomunicação simulando locação, nos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, totalizando o valor de R\$ 660.714,08 (Seiscentos e sessenta mil setecentos e quatorze reais e oitocentos) (fls. 02/04).

Foram anexados pelo autuante ao presente processo procuração (fls. 05/06), nota explicativa dos fatos, demonstrativos de apuração dos créditos tributários (fls. 07/215), intimação feita ao sujeito passivo para apresentar os contratos de locação (fls. 216/217), resposta dada pelo sujeito passivo (fls. 218/219), contrato padrão de locação (fls. 220/231), planilha de solicitação dos contratos relativos à disponibilização de modems e roteadores de 2007 (fls. 232/233), notas fiscais de serviços de telecomunicação (fls. 234/247), planilha de solicitação dos contratos relativos à disponibilização de modems e roteadores de 2008 e 2009 (fls. 248/251), notas fiscais de serviços de telecomunicação (fls. 252/264), planilha de solicitação dos contratos relativos à disponibilização de modems e roteadores de 2009 (fls. 265/266), notas fiscais de serviços de telecomunicação (fls. 267/279).





O sujeito passivo, por meio de seu procurador legalmente constituído, foi intimado por ciência direta e apresentou impugnação, tecendo sobre a tempestividade e resenha dos fatos, alegando primeiramente em resumo que as operações realizadas e objeto do auto de infração se referem à locação de equipamentos necessários a prestação de serviços de comunicação, que tais operações não estão sujeitas ao ICMS por se tratar de aluguel e não serviços, que parte do crédito tributário (exercício de 2006) foi atingido pela decadência com fundamento no § 4º, do art. 150 do CTN, conforme entendimento do STF e que a multa aplicada tem caráter confiscatório e abusivo. Para demonstrar suas alegações destaca preliminares de nulidade do auto de infração por indicação de dispositivos legais genéricos e desconsideração imotivada das operações realizadas, decadência das parcelas anteriores a 09/12/2006 e em suas razões de mérito se defende principalmente pela intributabilidade da locação de bens móveis e que não existe prestação de serviços, por fim afirma que a multa cominada em 100% tem caráter confiscatório e ao final pede pela improcedência do auto de infração e a concessão do prazo de quinze dias para juntada da procuração, substabelecimento e atos constitutivos, conforme determina art. 20 da Lei nº 1.288/01 (fls. 280/300), faz juntada de cópia do Estatuto Social, ata de assembleia, procuração, OAB, cópia do Auto de infração, cópia de contrato de SERVIÇO TC CPE SOLUTIONS, fls. 301 a 368.

O processo é encaminhado ao Contencioso Administrativo Tributário para julgamento de primeira instância, conforme recomenda a legislação (fls. 369).

Em 05/01/2012, o sujeito passivo compareceu ao feito para juntada do substabelecimento e dos atos constitutivos com ratificação das razões da impugnação reiterando o pedido de cancelamento e extinção do crédito tributário, fls. 371/386.

Em 09/02/2012 foi recepcionada guias de recolhimento do ICMS comunicação requerida pelo sujeito passivo por meio de seu procurador legalmente constituído e afirmação que com o pagamento do ICMS, está clara a decadência do crédito tributário no período anterior a 08/12/2006, com fundamento com fundamento no § 4º, do art. 150 do CTN e em jurisprudência do STJ e notas fiscais que demonstra que as prestações de serviços de comunicação são feitas de forma apartada das atividades de locação, sendo o serviço de comunicação tributado enquanto a locação não se trata de hipótese de incidência do ICMS, fls. 387/433.

O processo foi redistribuído para julgamento de primeira instância a JOSÉ WAGNER PIO e devolvido ao CAT (verso fls. 433).

Em 18/05/2012 foi recepcionada guias de recolhimento do ICMS comunicação de 2006 e 2007 requerida pelo sujeito passivo por meio de seu procurador legalmente constituído reiterando à afirmação que com o pagamento do ICMS está clara a decadência do crédito tributário no período anterior a 08/12/2006,





com fundamento no § 4º, do art. 150, do CTN e em jurisprudência do STJ e que foi juntada aos autos em 06/07/2012 e o processo foi redistribuído para julgamento de primeira instância a EDIVANETE BARNABÉ (verso fls. 434/443).

A Agência de Atendimento em 03/12/2012 recepcionou procuração e os documentos de alteração estatutária à pedido do sujeito passivo, fls. 447 a 462.

O processo foi redistribuído novamente para julgamento de primeira instância a REGINA ALVES PINTO que por sua vez, por meio de despacho nº 60/2013 retorna o processo para saneamento (fls. 463/465).

A autora do lançamento faz aditamento ao auto de infração alterando os campos 4.10, 4.13, 4.15, 5.10, 5.13, 5.15, 6.10, 6.13, 6.15, 7.10, 7.13 e 7.15, e o processo é encaminhado para intimação do sujeito passivo (fls. 467 e 468).

Intimado o sujeito passivo por via postal, este apresenta impugnação ao termo de aditamento reafirmando a sua tese anteriormente exposta e apresenta documentos (fls. 474/492).

O processo retorna para a julgadora que novamente por meio de despacho nº 35/2013 pede saneamento à autoridade que aditou o auto de infração, fls. 494.

Após as manifestações é feito novo aditamento por outro Auditor em substituição a autuante e o processo é encaminhado para intimação do sujeito passivo (fls. 499/501).

Intimado o sujeito passivo por via postal do termo de aditamento, este apresenta impugnação ao termo de aditamento reafirmando e repetindo a sua tese anteriormente exposta em sede de impugnação ao auto de infração e termo de aditamento e o processo é devolvido ao CAT para julgamento (fls. 506/520).

O processo foi redistribuído para julgamento a MOACY LIMA DA SILVA (verso fls. 521) que devolve o processo tendo em vista a sua remoção a Delegacia Regional de Araguaína, fls. 522 e redistribuído ao Julgador EDSON LUIZ LAMOUNIER, fls. 523, que por sua vez devolve o processo para saneamento (fls. 524/525).

O Auditor em substituição a autuante se manifesta através do despacho nº 005/2016, fls. 528 e 529 e o processo é encaminhada ao CAT e é redistribuído a julgadora REGINA ALVES PINTO.

A julgadora retorna o processo à origem para intimar o sujeito passivo da manifestação de fls. 528/529 (fls. 532).





Notificado o sujeito passivo por via postal, este comparece tempestivamente alegando preliminarmente nulidade do auto de infração por impossibilidade da fiscalização desconsiderar os lançamentos promovidos em sua escrita fiscal e por falta de fundamentação legal e preliminar de decadência das parcelas anteriores a 09/12/06 com fundamento no § 4º, do art. 150, do CTN e em suas razões de mérito alega que se tratam de operações de locação que não podem ser tributadas pelo ICMS, por se referir a disponibilização onerosa de meios para terceiros, cita jurisprudência dos Conselhos administrativos de São Paulo e de Minas Gerais e ao final pede que o presente auto de infração seja improcedente e o processo foi encaminhado ao CAT e distribuído novamente para julgamento de primeira instância (fls. 536 a 540).

Novamente a julgadora retorna o processo à origem para saneamento e intimar o sujeito passivo da manifestação (fls. 542/543).

O Auditor em substituição a atuante, manifesta-se ao processo através do parecer nº 005/2016, fls. 545 a 548 e retorna para julgamento.

A julgadora devolve o processo à origem para intimar o sujeito passivo da manifestação, fls. 550.

O sujeito passivo foi intimado e compareceu ao feito arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por indicação de dispositivos legais (tipificação) genéricos e pela desconsideração imotivada das operações realizadas pela empresa, nos moldes do art. 142 do CTN e reiterando a extinção dos créditos tributários anteriores a 08/12/2006 pela decadência e em suas razões de mérito alega que o ICMS deve incidir exclusivamente sobre a efetiva prestação de serviço de comunicação e não sobre as atividades conexas; que a locação não atrai a incidência do ICMS porque não se trata de serviço; que o auto de infração não exige ICMS sobre as operações de locações, mas sim na suposta simulação de locação de equipamentos que a empresa promoveu quando na verdade teria promovido operação de vendas de equipamentos, entendendo ser inaplicável a fundamentação do parecer no presente caso, vez que o auto de infração exige ICMS por suposta simulação promovida pelo contribuinte e que não foi comprovada; que é intributável a locação de bens móveis, inexistindo prestação de serviços de comunicação com fundamento no § 4º, do art. 150, do CTN e ao final pede a desconsideração do Parecer 005/2016 e o cancelamento do presente auto de infração e o processo é remetido para julgamento (fls. 553 a 560).

Em sentença prolatada pela Julgadora de primeira instancia, foi relatado que todos os requisitos mínimos e necessários a serem observados na lavratura do auto de infração estão previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/11.





O sujeito passivo argüiu preliminar de extinção dos créditos tributários anteriores a 08/12/2006 pela decadência, tendo em vista a existência de pagamentos do ICMS, com fundamento no § 4º, do art. 150, do CTN, porém os créditos tributários anteriores a 08/12/2006 não estão extintos pela decadência, pois não se referem a imposto declarado e é justamente nesse fato que a Súmula 555 do STJ se pautou para fins de aplicação do art. 173 do CTN, melhor dizendo, se o débito não foi declarado e portanto, não foi pago, aplica-se o prazo decadencial do art. 173 e, por outro lado, se o débito foi declarado, aplica-se a regra do artigo 150, ambos do CTN. Do texto da referida Súmula se retira que ela não trata do pagamento ou pagamento antecipado, mas sim de ser o imposto declarado ou não pelo sujeito passivo.

A regra do § 4º, do art. 150, do CTN é aplicável quando o crédito tributário é lançado, apurado e informado ao Fisco e não pago no prazo legal e neste caso o Fisco exige ICMS incidente sobre as vendas de modems e roteadores que simuladamente fizeram parte da operação de locação e, portanto é situação que foi ocultada em decorrência da simulação das operações de prestações de serviços de comunicação e não de declaração do ICMS declarado, desta forma rejeita a preliminar de extinção dos créditos tributários anteriores a 08/12/2006 pela decadência e passa a análise da preliminar de nulidade do auto de infração por indicação de dispositivos legais (tipificação) genéricos e pela desconsideração imotivada das operações realizadas pela empresa, nos moldes do art. 142 do CTN.

Pois bem, as infrações foram assim descritas nos campos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1: *“deixou de recolher ICMS..., referente às saídas de mercadorias tributadas sem destaque do imposto devido, decorrente de operação de vendas de equipamentos (roteadores e modems) acobertadas por documentos fiscais indevidos (nota fiscal de serviço de telecomunicação – NFST) simulando locação (aluguel)...”*

A tipificação das infrações foi enquadrada, conforme termo de aditamento (fls. 499/500) nos seguintes dispositivos legais, conforme a legislação vigente a época:

- campo 4.13: inciso III, do art. 44, inciso IV, do art. 43 e art. 46, todos da Lei nº 1.287/01 e incisos I e II, do art. 101, art. 103, § 1º, inciso IV, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 462/97:

- campos 5.13, 6.13 e 7.13: inciso III, do art. 44, inciso IV, do art. 43 e art. 46, todos da Lei nº 1.287/01 e incisos I e II, do art. 127 e art. 134, § único, inciso IV, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.912/06.

Dos dispositivos legais indicados para tipificar as infrações, constata-se que o sujeito passivo não emitiu com fidedignidade nas saídas de roteadores e modems o documento fiscal correspondente que seria a nota fiscal modelo 1 ou nota fiscal de venda a consumidor e que o documento fiscal (NFST) que acompanhou as saídas dos referidos produtos é inidônea por acobertar prestações de serviços de



telecomunicações, porém não é isso que está descrito nos campos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1, vejamos:

“deixou de recolher ICMS..., referente às saídas de mercadorias tributadas sem destaque do imposto devido, decorrente de operação de vendas de equipamentos (roteadores e modems) acobertadas por documentos fiscais indevidos (nota fiscal de serviço de telecomunicação – NFST) simulando locação (aluguel)...” sendo assim, a autuante neste auto de infração na verdade acusa o sujeito passivo da prática ilícita de simulação de saídas de mercadorias ao incluí-las á título de locação nas prestações de serviços e sendo assim nego o pedido do sujeito passivo para desconsiderar o Parecer 005/2016 (fls. 545/548) porque é por meio do esclarecimento dado no referido Parecer que chegamos à conclusão que a intenção da autuante na verdade foi exigir o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação, tendo em vista a não inclusão, na sua base cálculo do imposto, dos valores cobrados dos usuários, tomadores do serviço, a título de locação de modems e roteadores, todos vinculados à prestação de serviços de telecomunicação e não foi outro o motivo pelo qual por meio de despacho (fls. 542/543) foi pedido informação com clareza quanto à origem das infrações e a revisão da tipificação das infrações.

Ocorre que o Auditor em substituição a autuante não aditou o presente auto de infração e no seu Parecer 005/2016 (fls. 545/548) deixou evidente que as infrações não foram descritas com clareza, como de fato não foi.

Por outro lado, a tipificação das infrações também merecia complementação e também não foram aditadas, desta forma concordo que as infrações estão tipificadas com indicação de dispositivos legais genéricos conforme argüido pelo sujeito passivo. “Portanto, além da falta de clareza na descrição das infrações, assim como determina a alínea ‘c’, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01, a indicação de dispositivos legais genéricos para tipificar as infrações caracteriza erro na determinação da infração e conforme definido no inciso IV, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15:

Sendo assim acolheu a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo por indicação de dispositivos legais (tipificação) genéricos, por caracterizar erro na determinação da infração sem análise do mérito deste contencioso.

Diante do exposto, conheceu da impugnação acolhendo a preliminar de nulidade por erro na determinação da infração argüida pelo sujeito passivo e julgo NULO sem análise do mérito o auto de infração nº 2011/002634 e submete a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos da alínea “f”, do inciso IV, do art. 56, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11 e parágrafo único do art. 58, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15), fls. 562 a 575.





A representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual e conclui que “a reclamação não atende às legítimas pretensões da Fazenda pública, vez que a infração descrita não guarda perfeita correlação com os dispositivos dados como infringidos” e finaliza recomendando a confirmação da decisão singular, fls. 576 a 578.

É em síntese o Relatório,

VOTO

O auto de infração refere-se à ICMS incidente nas saídas de mercadorias tributadas sem o destaque do imposto devido em operações de vendas de equipamentos (roteadores e modems) acobertadas por notas fiscais de serviços de telecomunicação simulando locação, nos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009, totalizando o valor de R\$ 660.714,08 (Seiscentos e sessenta mil setecentos e quatorze reais e oitocentos)

A Autuada é prestadora de serviços de comunicação/telecomunicação, e na cobrança de seus clientes, faz a título de “TC CPE Solution-Aluguel”, acobertados por Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) modelo 22, sem o destaque do ICMS e não leva a tributação.

Ao analisar os documentos fiscais relativos às prestações de serviços, constata-se a existência de itens “Isentas e Não tributadas”, ora como “Outros”, fato que permite afirmar que os respectivos valores não foram oferecidos à tributação.

O Estatuto Social da Companhia tem por objeto a prestação de serviços de telecomunicações em quaisquer de suas formas, mas não se limitando o Serviço Móvel Pessoal, Serviço Telefônico Fixo Comutado e outros, incluindo-se as atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões autorizações e permissões que lhe foram outorgadas.

A Impugnante inicia sua contestação refutando a tributação dos códigos tarifários atinentes a aluguéis e/ou locações, sob a alegação de que essas atividades não constituem serviços, estando fora do alcance do campo de incidência de ICMS, por se tratarem apenas de locação de coisas.

Não se pode concordar com a tese apresentada e, muito menos, aceitar a intributabilidade de atividades como aluguel e locação de equipamentos como modem, PABX, outros, porque esses equipamentos, cedidos aos usuários mediante remuneração, fazem parte do conjunto que possibilita a oferta do serviço de comunicação.





Salta aos olhos que a interpretação feita pela Impugnante quanto à intributabilidade pelo ICMS dessa espécie de serviço é equivocada, pois implica em admitir que à cessão onerosa de modem, PABX, etc. não se agrega a prestação de serviço de comunicação, atividade sujeita ao imposto estadual previsto no art. 155, inc. II da Constituição Federal de 1988. A exigência do imposto sobre tais serviços além de decorrer do art. 155, inc. II da Constituição Federal, está amparada legalmente no art. 3º, inc. III da Lei nº 1278/01, que estabelece as hipóteses de incidência do ICMS:

Art. 3º - O imposto incide sobre:

(...)

III - as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Também é notório que o fato gerador do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação, consoante o disposto pelo inc. III do art. 3º da Lei Complementar nº 87/96, não se manteve atado apenas ao serviço de transmissão de comunicação, se estendendo a todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Especificamente quanto à locação, cujo termo “Aluguel” aqui tem o mesmo significado, mereceu por parte da ANATEL, autarquia responsável pela fiscalização e regulamentação dos serviços de telecomunicações no território nacional, normatização específica, como a Norma nº 05, de 07/05/79, disponibilizada no “site” da ANATEL, in verbis:

NORMA Nº 5/79

DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO PÚBLICO OBJETIVO

1 - Esta Norma tem por objetivo regular as condições gerais de prestação do serviço telefônico público, dispondo sobre direitos e obrigações entre Prestadora, Usuário, Assinante e Locatário.

2 - Para os efeitos desta Norma, são adotadas as seguintes definições:

(...)

2.7 - Locação - é o direito de usar, em caráter individualizado, equipamentos e circuitos especiais de telefonia, ou de haver a prestação do serviço telefônico público, em caráter individualizado e temporário, em instalações de uso particular.



Observa-se pela definição dada pela norma citada que a locação é o direito de usar equipamentos e circuitos e não existe sem a prestação de um serviço de comunicação, portanto, sujeito ao ICMS.

Essa mesma interpretação aplica-se quando se trata de serviços prestados a título de “Locação Porta TC VNP” os quais o próprio Autuado reconhece como sendo prestações de serviços sujeitas ao ICMS.

Fato é que o Autuado não pode ser tomado como empresa que se dedica à locação de bens móveis e, sim, como uma detentor de concessão de serviço público de prestação de serviços de comunicação. Assim sendo, não se pode afirmar que está havendo incidência de ICMS sobre a locação de coisas, mas é o Impugnante que assim faz parecer, ao relacionar inúmeros códigos tarifários para uma mesma atividade, subdividindo-a, apenas, para obter proveitos na tributação. E, deste modo, existe a atividade humana e um facere, compatível com o ICMS sobre serviços de comunicação. Ademais, é pacífico que qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento de ICMS e, sendo a relação entre o prestador de serviço e o usuário de natureza comercial, visando a possibilitar a comunicação desejada, é suficiente para a caracterização do fato gerador de ICMS.

Ressalta-se que o trabalho fiscal encontra respaldo também no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 que trata da base de cálculo do ICMS, afirmando que os valores referentes a alugueis ou locação de equipamentos/aparelhos de propriedade da operadora do serviço, necessários à prestação do serviço de comunicação, integram a base de cálculo do ICMS, por expressa previsão legal.

Por delegação da Constituição da República, a Lei Complementar nº 87/96, norma máxima em matéria de ICMS, sobre a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação, assim dispôs:

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

II - o valor correspondente a: seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**, bem como descontos concedidos sob condição”; (destacou-se).

Na legislação Estadual, no Código Tributário Estadual, em seu art. 22, § 1º, inciso II, alínea “a”:

Art. 22. A base de cálculo do imposto é:

.....





§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput*. (Redação dada pela Lei 1.364 de 31.12.02).

.....
II – o valor correspondente a:

a) seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;**
.....

Como se observa, os valores referentes a aluguéis ou locação de equipamentos, aparelhos e outros meios físicos, de propriedade da operadora do serviço, que são necessários à prestação do serviço de comunicação, integram o valor da prestação do serviço e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS, por expressa previsão legal.

Por tudo isso se verifica que, ao contrário do que defende o Impugnante, a locação é serviço e, principalmente no caso em tela, serviço de telecomunicação.

Por oportuno, transcreve-se aqui, o questionamento sobre serviço de telecomunicação feito pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ - à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, através do Ofício 0260/06/SE-CONFAZ, de 20 de março de 2006:

.....
“(b) no entendimento da ANATEL, os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (ex: roteador, multiplex, circuitos, porta, etc.) fazem parte da prestação do serviço de telecomunicação?”
.....

A resposta a essa indagação veio com o Ofício nº 113/06/SUE-ANATEL, de 27 de abril de 2006, confirmando, de forma plena e incontestável, o posicionamento do Fisco sobre a questão:

*“De acordo com o artigo 60 da Lei nº. 9472 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteador, multiplex, circuitos, porta, etc.) **são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações**”.*

Salienta-se que o esclarecimento prestado pela ANATEL, a pedido de informação apresentada pelo CONFAZ acerca de aspectos regulamentares relacionados ao provimento de serviços de telecomunicações, veio consagrar o seu posicionamento e trazer importante contribuição à definição da tributação sobre a utilização da infraestrutura de suporte à prestação dos serviços.





É necessário admitir que o autuante, neste auto de infração, acusa o sujeito passivo da prática ilícita de simulação de saídas de mercadorias ao incluí-las á título de locação nas prestações de serviços conforme o Parecer 005/2016 (fls. 545/548) que exige o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação, tendo em vista a não inclusão, na sua base cálculo do imposto, dos valores cobrados dos usuários, tomadores do serviço, a título de locação de modems e roteadores, todos vinculados à prestação de serviços de telecomunicação.

Ocorre que o Auditor, em substituição a autuante, não aditou o presente auto de infração e no seu Parecer 005/2016 deixou evidente que as infrações não foram descritas com clareza e constata-se que a tipificação das infrações também merecia complementação, fato arguido pelo sujeito passivo;

“Portanto, além da falta de clareza na descrição das infrações, assim como determina a alínea ‘c’, do inciso I, do art. 35, da Lei nº 1.288/01, a indicação de dispositivos legais genéricos para tipificar as infrações caracteriza erro na determinação da infração e conforme definido no inciso IV, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15, é nulo o auto de infração:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

.....
c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência;
.....

Art. 28. É nulo o ato praticado:

.....
IV – com erro na determinação da infração. (Redação dada pela Lei 3.018 de 30.09.15)”.

Diante do exposto, meu voto é pela confirmação da decisão de primeira instância, que julgou nulas as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2011/002634.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou nulas as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2011/002634 e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O representante fazendário João Alberto Barboza Dias, fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo





Shiniti Konya, Valcy Barboza Ribeiro, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Cesar, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de janeiro de 2018, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas-TO, aos vinte e seis dias do mês de março de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

