

A. I. N - 281228.0002/06-3  
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL  
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA, PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO  
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS  
INTERNET - 28. 09. 2006

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0281-04/06**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO FISCAL. O argumento do contribuinte de que o estorno efetuado resultou de serviços de telecomunicações não prestados não se comprovou nos autos. O procedimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária estadual, inclusive vai de encontro a regra estabelecida no § 3º do Convênio ICMS nº 39/01. Infração mantida. Não acolhida a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/05/2006, exige ICMS no valor de R\$ 2.944.230,47, acrescido da multa de 50%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação escriturados nos livros fiscais próprios, em razão de estorno de débito efetuado nos exercícios de 2002 a 2003, referente ao Código do Estorno 1Q – Serviço não prestado, extraídos do sistema de faturamento e cobrança – FCD, que não foram devidamente comprovados pelo contribuinte, conforme prevê o Convênio 39/01.

O autuado às folhas 976 a 984, através de representante legalmente constituído, impugnou o lançamento tributário alegando que houve o estorno do débito do ICMS justamente porque as faturas foram indevidamente emitidas, sendo certa a emissão da fatura, por si só, não é suficiente para caracterizar a prestação onerosa do serviço de comunicação. Aduz que, tanto é verdade que o sistema das empresas prestadoras de telecomunicação não é perfeito, que os Estados, dentre os quais o Estado da Bahia houveram por bem editar o convênio ICMS nº 39/01.

Requer a nulidade da autuação, tendo em vista a ausência de fundamentação legal, pois, em seu entendimento, em nenhum momento os autuantes descreveram o fato praticado pelo autuado como infração à norma, o que convola em inafastável vício formal do processo administrativo, devendo o mesmo ser anulado para que não gere nenhum efeito.

No mérito, alega os autuantes incorreram em equívoco, eis que não se atentaram à legislação verdadeiramente aplicável à espécie, não se atendo às peculiaridades legais e práticas do setor e telecomunicações. Caso assim tivesse procedido, restaria como totalmente procedente os créditos apropriados pela impugnante, nos exatos termos das disposições do Convênio nº 39/01.

Esclarece que o setor de telecomunicações é ramo específico da atividade empresarial, necessitando, por sua própria natureza, de regras específicas e delimitadas no que se refere à tributação a que está submetido. Neste sentido e diante da própria constatação por parte dos Estados no que se refere à efetiva necessidade de se aprovar um regime especial para as prestações de serviços de comunicações, é que, em 17/12/98, foi publicado o Convênio ICMS nº

39/01, os quais transcreveu.

Salienta que, como todas as demais prestadoras de serviços de comunicações, considerando a enorme quantidade de faturas emitidas mensalmente e a complexidade de seus sistemas de cobrança, estão sujeitas como não poderia deixar de ser, a determinados equívocos quanto da cobrança dos valores devidos por seus milhões de clientes. Não raras vezes podem ser constatadas, exemplificativamente, a cobrança de ligações não efetuadas pelos usuários do sistema de comunicações, valores em duplicidade ou, ainda, o envio de faturas destacando o preço total de um mês de prestação daquele específico serviço contratado quando, em realidade, já teria ocorrido o cancelamento/ desativação do mesmo na metade do mês.

Assevera que, para todos estes casos, por óbvio, o que ocorreu foi a cobrança pela prestação de serviços que realmente não ocorreram, se configurando tais quantias como meros equívocos do sistema responsável. Neste sentido é que, após a apuração dos enganos ocorridos e, em conformidade com o estabelecido no Convênio ICMS n° 39/01, a impugnante elaborou os devidos relatórios, disponíveis ao fisco, com todas as informações elecandas por aludido Convenio, de modo a conferir a liquidez e certeza que se impõem para o estorno do débito.

Assim, após a elaboração de tais relatórios, cumprindo-se, frige-se novamente, o quanto disposto no Convênio ICMS n° 39/01, procede a impugnante a devida emissão da nota fiscal de entrada (CFOP 1.33 e 1.205 – o primeiro relativo ao período anterior a 2003) de forma a se creditar (ajustado o débito do imposto ocorrido) daqueles valores equivocadamente recolhidos. Desta forma, observa-se desde já que o autuado agiu nos exatos termos da legislação aplicável à espécie, não havendo qualquer justificativa para a presente exigência.

Ao finalizar, requer a nulidade da ação fiscal, realização de diligência e improcedência.

Na informação fiscal, fls. 100/1003, aduz que o autuado alega ter procedido ao estorno de débito de acordo com as determinações do Convênio 39/01, contudo os dados contidos nas documentações apresentadas não condizem com o motivo dos estornos de débitos apresentados em seus relatórios, onde o autuado alega que os serviços não foram prestados e em análise nos documentos apresentados constaram vários tipos de serviços, tais como: chamadas DDD, DDI, serviços, chamadas a cobrar, parcelamentos débitos anteriores, encargos, além da emissão de várias faturas em meses consecutivos para o mesmo cliente.

Quanto à alegação de que a emissão de faturas, por si só, não representa serviço oneroso de comunicações, aduz que o contrato de prestação de serviços entre a operadora e seus clientes, por si só, já estabelece uma remuneração por essa prestação. Contudo para efetuar a cobrança pelo serviço prestado a operadora emite documentos (NFST e Fatura detalhadas) exigidos pela legislação do setor para seus clientes (pessoas físicas e jurídicas) correspondentes a prestação de serviço de comunicação, pois a mesma só deve ser caracterizada como não onerosa, quanto não houver compromisso de remuneração pelo referido serviço.

No tocante a alegação de que o sistema de bilhetagem das operações não é perfeito e que por isto o Estado editou o Convênio 39/01. É temerária a afirmação da Impugnante de que o sistema de bilhetagem não é perfeito e apresenta eventuais falhas, uma vez que o faturamento da empresa é efetuado com base nos dados do faturamento, a afirmativa do autuante deixa uma instabilidade e uma insegurança com relação à exatidão do valor do ICMS recolhido, bem como para o Consumidor, que até então, presumia que o mesmo tinha uma mínima garantia de confiabilidade.

Relativamente às alegações de que os estornos de débitos são oriundos de diversos motivos, tais como: eventuais falhas no sistema de bilhetagem, erro na troca de informações cadastrais dos clientes entre as operadoras e outros, diz que não procedem, pois, em análise perfunctória das NFST'S, constata-se, cancelamento integral do valor faturado com chamadas DDD, DDI e serviços especiais, chamadas a cobrar, parcelamentos de débitos anteriores e emissão de NFST para o mesmo cliente em vários meses consecutivos, o que vem confirmar o caráter indevido do estorno

de débito.

Salienta que, em nenhum momento a adesão pelos Estados ao Convênio 39/01 foi motivada pelo reconhecimento de eventuais falhas no sistema de bilhetagem, e sim para regulamentar os estornos de débitos do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicações que eventualmente fosse reclamado pelos clientes.

Ressalta que a argumentação da insegurança do sistema de bilhetagem não serve para elidir a ação fiscal, pois como o próprio Impugnante declara nas razões de defesa, ele não tem condições de provar a ocorrência dos citados erros e, portanto, é incapaz de constituir as provas necessárias à concessão dos referidos estornos por parte desta SEFAZ/BA , diante dessas dificuldades vários Estados aderiram ao Convênio 123/05, que autoriza a não aplicar o disposto no § 3º da clausula terceira do convênio ICMS 126/98, que dispõe sobre concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações e dá outras providências.

Em relação ao pedido de diligência, essa não se faz necessária, pois no respectivo PAF existe toda documentação necessária para conclusão da lide, conforme determina o art 147 do RPAF/BA, o pedido é medida meramente protelatória.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª junta de Julgamento Fiscal decidido que o mesmo estava em condições de ser instruído.

## VOTO

O autuado é acusado de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a prestações de serviço de comunicação escriturados nos livros fiscais próprios, em razão de estorno de débito efetuado nos exercícios de 2002 a 2003, referente ao Código do Estorno 1Q – Serviço não prestado, extraídos do sistema de faturamento e cobrança – FCD, que não foram devidamente comprovados pelo contribuinte, conforme prevê o Convênio 39/01.

Relativamente a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode prosperar tendo em vista nos fatos descritos no Auto de Infração e em seus anexos, encontram-se identificados os elementos necessários para determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, exigência constante do 18, § 1º do RPAF/99.

De acordo com o Convênio ICMS 39/01, publicado no DOU de 12/07/01:

*"§ 3º Nas hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada, o seguinte procedimento:*

*I - elaboração de relatório interno, que deverá permanecer à disposição do Fisco pelo mesmo prazo previsto para a guarda dos documentos fiscais, contendo, no mínimo, as informações referentes:*

- a) ao número, à data de emissão, ao valor total, a base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;*
- b) ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondentes ao estorno;*
- c) os motivos determinantes do estorno;*
- d) a identificação do número do telefone para o qual foi refaturado o serviço, quando for o caso;*

*II - com base no relatório interno do que trata o inciso anterior deverá ser emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores serão iguais aos constantes no referido relatório.*

*§ 4º “O relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios.”*

Tendo em vista que o autuado não atendeu às exigências contidas no referido Convênio, ou seja, não fez prova dos elementos comprobatórios que justificassem os motivos determinantes do estorno, através de notas fiscais fatura com detalhamento dos serviços prestados, conforme determina o § 4º, acima transcrito, entendo que a infração restou caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281228.0002/06-3, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A- EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.944.230,47, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014.96, e dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR