

A. I. Nº - 232882.0005/06-1
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA CRYSTIANE MENEZES BEZERRA E OUTROS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04. 10. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0292-04/06

EMENTA: ICMS. ESTORNO DE DÉBITO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. A legitimidade dos estornos de débitos objeto do presente lançamento não ficou comprovada, haja vista o não atendimento ao disposto nos Convênios ICMS 128/98 e 39/01. Negado o pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/05/2006, exige ICMS no valor de R\$ 990.477,84, em razão da falta de recolhimento do ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a prestações de serviços de comunicação escrituradas nos livros fiscais próprios.

Estorno de débito efetuado nos exercícios de 2002 a 2003, referente ao Código do Estorno 1K – Refaturamento Telefonia no FTC, extraídos do sistema de Faturamento e Cobrança – FCD, que não foram devidamente comprovados pelo contribuinte, conforme prevê os Convênios 126/98 e 39/01.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, ingressa com defesa às fls.737 a 744, na qual tece os seguintes argumentos:

Aduz que as notas fiscais foram emitidas contra supostos titulares das linhas (pessoas físicas e jurídicas), com base em informação cadastral equivocada, fornecida pela operadora local, já que, em verdade, se tratavam de Terminais de Uso Público (orelhões), tendo sido os valores devidamente refaturados contra a TELEMAR, titular dos “orelhões”.

Assevera que não obstante o direito ao estorno do débito do ICMS indevidamente recolhido, tendo observado fielmente o quanto disposto no art. 569 do RICMS/97, que incorporou à legislação estadual o Convênio ICMS 39/01, os agentes fiscais lavraram o presente auto, sob o entendimento de que não teria direito aos valores em questão, em suposta afronta ao artigo 124, I do RICMS/97.

Discorre sobre o lançamento, que deve estar revestido de liquidez, devendo todos os seus requisitos estarem presentes na elaboração do auto de infração, pois só assim, se todos os elementos estiverem detalhados e demonstrados com clareza e perfeição, em estrita observância ao artigo 142 do CTN, o auto de infração poderá ser considerado formalmente válido, e a falta de qualquer deles resultará na sua nulidade.

Reclama que o enquadramento legal utilizado pelos agentes fiscais revela argumentos distintos, no que tange à capitulação da infração, que não possui relação direta com o ato descrito na autuação. Giza que, em nenhum momento, o agente fiscal descreveu o fato praticado pelo impugnante (legítimo estorno de débito de ICMS), como infração à norma, ou seja, não houve fundamentação dos argumentos descritos na autuação, o que caracteriza nulidade insanável do lançamento. Transcreve julgados na esfera federal, acolhendo sua tese.

No mérito relata que é pessoa jurídica de direito privado, concessionária do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC, nas modalidades de Longa Distância Nacional e Internacional, e autorizatária na modalidade local, conforme Contratos de Concessão firmados com a ANATEL.

Nos casos das chamadas com o código 21 (código de seleção de prestadora), originadas em terminais de telefonia fixa de outras operadoras (STFC), é facultado à impugnante o faturamento do serviço em conjunto com a operadora local (cláusula sétima do Conv. ICMS 126/98), ou diretamente para o assinante da operadora local. (usuário do CSP 21).

No presente caso, as notas fiscais objeto de estorno de ICMS, foram emitidas diretamente contra os usuários finais (assinantes da TELEMAR), com base nos dados cadastrais fornecidos à impugnante pela TELEMAR (operadora local).

Ocorre que, por vezes, nos cadastros fornecidos pela operadora local, constavam informações equivocadas, indicando que terminais, que na verdade eram de uso público (orelhões), seriam de uso particular (pessoas físicas e jurídicas, por vezes órgãos da administração pública).

Com base nas citadas informações cadastrais, a impugnante emitiu diversas notas fiscais para cobrança de chamadas DDD e DDI contra pessoas físicas e jurídicas, que, naturalmente, contestavam a cobrança. A partir das contestações de alguns usuários, a impugnante reivindicava à TELEMAR que fossem atualizados os dados cadastrais. A partir destas atualizações, eram verificados erros nos cadastros originais, vez que os terminais eram de uso público. Desta forma eram refaturados os valores, inicialmente faturados aos usuários (como se fossem terminais privados), contra a TELEMAR, titular dos “orelhões” e, canceladas as cobranças originais (contra pessoas físicas e jurídicas), eis que indevidamente realizadas.

Frisa que, em se tratando de chamadas DDD e DDI, realizadas a partir de terminais de uso público, com a utilização do CSP “21”, cumpria à operadora local (titular dos orelhões), efetuar o repasse dos valores arrecadados quando da venda da ficha ou cartão, utilizados pelo usuário para realização desta chamada. Conforme determinava o disposto na cláusula sétima do Convênio ICMS 126/98, e § 2º, art. 4º do RICMS/97, o ICMS incidente sobre a prestação destes serviços era destacado na nota fiscal e recolhido pela operadora local, no momento da saída do cartão para o usuário final ou para o distribuidor.

Desta forma, nos refaturamentos destas chamadas às operadoras locais, não era destacado o ICMS, por se tratar de mero repasse de receita de longa distância arrecadada pela operadora local no momento da venda do cartão, quando também houve o destaque e recolhimento do ICMS, em observância à legislação estadual.

Portanto, foram estornados os débitos do ICMS destacado nas NFST, indevidamente emitidas contra as pessoas físicas e jurídicas, conforme art. 569 do RICMS/97.

Salienta que cumpriu todo o procedimento previsto no citado artigo, bastando que se efetue uma chamada para os números dos terminais indicados nas notas fiscais, para verificar que se tratam de terminais públicos, conforme qualificado nos cadastros já retificados.

Conclui a peça defensiva entendendo que restou comprovado:

- que toda documentação juntada indica que os terminais sujeitos ao presente lançamento são terminais de uso público (orelhões);
- em se tratando se orelhões, resta indubitável que as notas fiscais, objeto do estorno, foram indevidamente emitidas contra as pessoas físicas ou jurídicas, sendo o recolhimento do imposto de responsabilidade da TELEMAR, por ocasião da saída do cartão, nos termos da legislação estadual (art. 4º, § 2º do RICMS).
- por tais razões, os débitos do ICMS destacados nas NFST indevidamente emitidas pela impugnante, foram posteriormente estornados, nos termos do Convênio ICMS nº 39/01 e artigo 569 do RICMS/97.

Pede a nulidade do lançamento, e em não sendo acolhida, a improcedência do auto de infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal, de fls. 870 a 875, nos seguintes termos:

Salientam que em nenhum momento descreveram, no auto de infração, que os valores estornados referem-se a serviços não prestados, conforme alega o impugnante. Na folha 01 do PAF descreveram a infração e alguns dos procedimentos utilizados durante a fiscalização: “A empresa apresentou uma fatura emitida contra a Telemar, alegando que as chamadas da faturas estornadas foram procedente de telefone de uso público”.

Solicitaram à Telemar confirmação do reconhecimento da fatura, sua contabilização e pagamento, sendo informados, através de resposta a intimação, que a referida fatura não foi localizada em seus arquivos, e por não se tratar de documento fiscal não era preservada nos mesmos critérios e prazos do arquivamento de documentos fiscais.

Em seguida, a Embratel apresentou documentos onde constam os históricos cadastrais de alguns telefones, tais como: nº do terminal, tipo operacional, data da operação e tipo de telefone, onde se comprovou que terminais passaram a serem Telefone de Uso Público – TUP, em data posterior a emissão das referidas NFST/faturas detalhadas.

Solicitam que o CONSEF complemente o enquadramento legal, com os artigos 112 e 113 do RICMS/97, sendo que tal omissão não acarreta a nulidade do auto de infração, pois nos fatos descritos e em seus anexos, estão identificados os elementos necessários exigidos pelo art. 18 § 1º do RPAF/99.

No mérito, de acordo com o § 4º do Convênio 39/01, o relatório interno deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios e, apesar das diversas intimações, a empresa não apresentou a documentação em sua totalidade, de forma que comprovasse, adequadamente, o seu direito ao estorno de débito, relativo aos motivos apresentados em seus relatórios internos.

Esclarecem que durante os trabalhos de fiscalização, foi apresentado pelo autuado o Resumo do Estorno de Débito (fl. 80), onde consta o valor de R\$ 1.096.539,97, referente à Fatura TUP (terminal de uso público), e a Conta de Prestação de Serviços – CPS (fl. 73), emitida contra a TELEMAR, onde, conforme informação do autuado, constava o refaturamento dos valores estornados cujas ligações foram provenientes de Terminais de Uso Público.

Com base na fatura acima indicada, intimaram a Telemar para confirmar o recebimento, contabilização e pagamento da fatura (fl. 75), o que iria ratificar as informações recebidas do autuado. Conforme demonstrado fl. 76, a Telemar informou em sua resposta à intimação que não localizou em seus arquivos a sobredita CPS, e por se tratar de título de natureza financeira não são preservados pelos mesmos critérios e prazos dos documentos fiscais.

Em reunião realizada na SEFAZ, em 09/02/2006, entre os representantes do autuado e a fiscalização, levaram ao conhecimento da empresa, a impossibilidade de validar os estornos de débitos relativos aos valores refaturados contra a Telemar, em decorrência da não confirmação, pela mesma, do recebimento, contabilização e pagamento da fatura. Nesta reunião ficou acordado que seria efetuado uma nova intimação e que o autuado apresentaria dados do cadastro de clientes onde comprovaria que os terminais eram de uso público, quando da emissão das faturas aos assinantes (pessoas físicas e jurídicas).

Asseveram com base na documentação MHT- Consulta Movimento de Atualização do Cadastro das Telcos (folhas 233 a 732), que compararam as datas de operação com as datas de emissão das NFST , constante dos relatórios anexo ao PAF, fls. 7 a 72, e constataram que os terminais eram de uso convencional quando as chamadas foram efetuadas. Salientam que excluíram do valor autuado as NFSTs cuja documentação comprovaram que quando das chamadas, eram Terminais de Uso Público. Quanto aos demais valores, não foram apresentados documentos que comprovassem adequadamente o direito ao estorno de débito do ICMS.

Outrossim, que a documentação anexada, pelo autuado, contradiz a sua alegação. Por ex, nas fls.855 a 857, em que consta os dados cadastrais do aparelho telefônico, a ordem de serviços e a NFST. Na fl. 855 (dados cadastrais do terminal), consta que somente em 07/01/2002, foi ativado

como terminal de uso público, enquanto que na fl. 857, a data da emissão da fatura é de 17/10/2000. Outro exemplo é o constante nas fls. 859 a 861. Na fl. 859 (dados cadastrais do terminal), consta que somente em 26/11/2001 foi ativado como terminal de uso público, enquanto que na fl. 861 a data da emissão da fatura é de 11/12/2001, portanto não foi possível avaliar se as chamadas foram efetuadas quando o terminal já estava ativado como de uso público, em decorrência da não apresentação da fatura detalhada. Considerando-se que na NFST apresentada constam cobranças de planos especiais (mundo 21, sempre 21 e Brasil via 21), chamadas a cobrar e DDI, serviços estes específicos de terminais de assinantes, consideraram a fatura como de uso convencional, além do fato da data de ativação para uso público estar próxima da data de emissão da fatura.

Os documentos apresentados, nas folhas 863 a 867, não constam no relatório de cobrança do auto.

Quanto à tese, do autuado, de fazer uma ligação para os números dos terminais indicados nas NFST com o objetivo de verificar que se trata de terminais de uso público, não é válida, porque deve-se levar em consideração a categoria de terminal na data do fato gerador.

Acreditam que o pedido de diligência é meramente protelatório, pois toda a documentação necessária para a conclusão da lide encontra-se no PAF.

Opinam pela procedência do auto de infração.

VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega do “Demonstrativo sintético de estorno de débito do Sistema FCD – Código de Estorno 1K”, de fl. 06. Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, quanto à capitulação legal da infração, pois nos fatos descritos no auto de infração e em seus anexos, encontram-se claramente identificados os elementos necessários para determinar: a natureza da infração, o autuado, e o montante do débito tributário, conforme exigidos pelo art. 18 § 1º do RPAF/99. Tanto assim, que o contribuinte apresentou sua impugnação, sem que tenha decorrido qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e ao contraditório.

Nego o pedido de diligência, pois os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora do presente processo administrativo fiscal, nos termos do art. 147 do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração decorreu do estorno de débito de ICMS, efetuado nos exercícios de 2002 a 2003, referente ao Código do estorno 1 K – Refaturamento Telefonia no FTC, extraídos do sistema de Faturamento e Cobrança – FCD, que não foram devidamente comprovados pelo contribuinte, conforme prevê os Convênios 126/98 e 39/01, Anexos I e IA.

Diante deste fato detectado pelos autuante, a empresa autuada teria justificado tais estornos em decorrência de notas fiscais emitidas contra supostos titulares das linhas (pessoas físicas e jurídicas), com base em informação cadastral equivocada, fornecida pela operadora local, já que se tratavam de Terminais de Uso Público (orelhões), e os valores foram devidamente refaturados contra a Telemar, titular dos orelhões.

Contudo, esta assertiva não ficou comprovada, pois em vista desta informação, os autuantes solicitaram que a Telemar confirmasse o reconhecimento da Fatura, sua contabilização e pagamento, conforme intimação de fl. 75, tendo sido informados, em resposta, que a referida Fatura não foi localizada em seus arquivos, e por não se tratar de documento fiscal a mesma não tinha sido preservada pelos mesmos critérios e prazos adotados no arquivamento de documentos fiscais, conforme declaração de fl. 76.

Em seguida a Embratel apresentou documentos onde constam os históricos cadastrais de alguns telefones, tais como o nº do Terminal, tipo operacional, data da operação e tipo de telefone, onde

se comprovou que os terminais passaram a ser telefone de uso público, TUP, em data posterior à emissão das referidas NFST/Faturas Detalhadas.

A defesa alegou ainda que teria direito ao estorno por ter observado fielmente o disposto no artigo 569 do RICMS/97, que incorporou à legislação estadual o Convênio ICMS nº 39/01, que acrescentou os §§ 3º e 4º à cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, de 11 de dezembro de 1998:

"§ 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."

Em consonância com a não observância do parágrafo quarto acima, pois os relatórios apresentados não se fizeram acompanhar dos elementos comprobatórios, não possuindo força para infirmar os fundamentos do lançamento.

Outrossim, os arts. 112 e 113 do RICMS trazem regras específicas para o estorno de débito, normas que não foram atendidas pelo autuado, como segue:

Art. 112 O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

§ 3º No caso de devolução de bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, o estorno do débito atenderá ao disposto no § 2º do art. 652.

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Art. 113. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "Estorno de Débito", consignando-se o

respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos".

Ademais, como salientaram os autuantes na informação fiscal, comparando-se as datas de operação, constantes na MHT - Consulta de Movimento de Atualização do Cadastro das Telcos, (fls. 233 a 732), com das datas de emissão das Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações, (de fls. 07 a 72), verifica-se que os terminais eram de uso convencional quando as chamadas foram efetuadas.

Outrossim, os autuantes registraram na informação fiscal, que as notas fiscais de prestações de serviços de terminais de uso público foram excluídas dos valores autuados. Também os documentos apresentados na defesa, de fls 863 a 867 não constam no relatório de cobrança do auto.

Aplico o art. 142 do RPAF/99: *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa na presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

E o art. 143 do mesmo diploma legal: *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232882.0005/06-1, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 990.477,84, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO -RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR