

PROCESSO - A. I. Nº 278003.0001/05-0
RECORENTE - VESPER S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ªJJF nº 0241-04/06
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0040-12/07

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO. O pagamento do crédito pelo sujeito passivo importa na extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN e, por conseguinte, na desistência do Recurso interposto. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso.

O lançamento de ofício exigiu ICMS no valor de R\$ 328.222,81, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Valor R\$ 327.924,82.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de imposto referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. A empresa utilizou no mês de maio de 2005, crédito extemporâneo referente as aquisições do ativo imobilizado, do período de 2001 a 2004, no total de R\$ 321.282,15, incluindo, indevidamente, a nota fiscal nº 96315, destinada à filial do estado de Sergipe, com crédito indevido de R\$ 297,99, correspondendo a 7/48 avos, conforme cópia anexa.

O processo foi submetido a pedido da 4ª JJF, a uma diligência à ASTEC, que emitiu Parecer nº 0086/2006 informando que intimou o autuado para apresentação dos documentos fiscais referentes aos estornos de débitos do ICMS referente ao período de 01/05/2005 a 31/05/2005, entretanto, o mesmo não apresentou o solicitado e apenas se pronunciou conforme Processo nº 082805/2006, não sendo possível atender à solicitação da diligência.

Em nova manifestação, o impugnante reiterou os argumentos apresentados na peça defensiva.

Em seu voto o Sr. relator diz que “no tocante à infração 02, observo que o impugnante em sua defesa não opôs qualquer objeção quanto a esta exigência fiscal. Considero o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito da infração, devendo, por isso mesmo, ser mantida no Auto de Infração”. Em relação à infração 1, aduz que o contribuinte afirma que “para facilitar a adesão dos seus clientes ao novo plano “sob medida” emitiu notas fiscais fatura cujo pagamento importaria na adesão ao plano, recolhendo o ICMS de todos os clientes, todavia, grande parte dos clientes não aderiu ao plano, resultando na não prestação do serviço de telecomunicação. Dessa forma, entende que possui o direito à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos.” Acrescenta que o oro recorrente não obedeceu ao previsto no Convênio ICMS 39/017/01. Transcreve parte do convênio. Conclui no sentido 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, como também não apresentou os documentos fiscais relativos ao estorno de débito do ICMS referente ao período de 01/05/2005 a 31/05/2005,

conforme solicitado pela Assessoria Técnica (ASTEC), entendo que a infração deve ser mantida.”
Vota pela Procedência do Auto de Infração.

Tempestivamente o contribuinte ingressa com o presente Recurso onde praticamente repete os argumentos já apresentados quando da impugnação. Preliminarmente argui a nulidade da Decisão por não ter sido devidamente fundamentada e por ter sido cerceado o seu direito a ampla defesa e o contraditório.

No mérito se refere ao Convênio ICMS 39/01 afirmando ter cumprido todas as suas cláusulas.

Repete que a empresa possui um plano de serviços denominado “Plano sob medida”, destinados a clientes residenciais de classe média, com características de modalidade pré-pago. Como forma de facilitar a adesão de seus clientes de outros planos, a impugnante houve por bem remeter-lhes em suas já existentes notas fiscais fatura, outras com o valor do “Plano sob medida”, de modo que o pagamento da nota fiscal fatura referente à aquele plano importaria em sua adesão.

Alega que recolheu o ICMS incidente sobre as operações relativas ao “Plano sob medida” de todos os seus clientes, para os quais remeteu nota fiscal fatura para adesão, antes da efetiva adesão ou não pelo cliente, por meio do pagamento das aludidas notas. Ocorreu que grande parte dos clientes não aderiu ao plano, o que resultou da não prestação do serviço ao cliente e consequentemente, na inocorrência do fato gerador do ICMS o que garante o direito à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Afirma que o procedimento adotado foi absolutamente legítimo e segue o que prevê a legislação aplicável à matéria. Aduz que o lançamento de ofício decorreu do fato do contribuinte não ter apresentado prova documental que justificasse o estorno.

Com relação àqueles em que houve tráfego, estes se referem a serviços que nada guardam relação com o produto em questão, comprovado por relatório denominado Recarga de créditos, onde se observa a existência de PIN, o que é sinônimo de aquisição de carga de comunicação. Pelo Relatório de Tráfego, observa-se que a maior parte dos clientes para o qual fora remetida a nota fiscal fatura, não houve utilização, comprovada pela inexistência de tráfego. O Relatório de contas a receber demonstra que não houve pagamentos referentes àqueles notas fiscais faturas objeto da autuação, sendo certo que não ocorreu a hipótese de incidência da exação. Comenta a respeito da restituição do ICMS e breve texto atribuído a Roque Carraza sobre os direitos do contribuinte. Reitera o pedido de diligência *“para que sejam novamente analisados tantos os documentos acostados aos autos, como aqueles que se encontram no seu estabelecimento, para dirimir as contradições aduzidas”*. Por fim requer a declaração de nulidade da Decisão e o cancelamento do Auto de Infração por inocorrência da infração.

A Sra. procuradora após breve relatório em que acompanha o contido no Acórdão de fls. 134/137 pronuncia-se quanto a preliminar de nulidade entendendo ser a mesma descabida. Entende “pela exigência de motivação, o que se quer é que a Decisão deixe claras as suas razões de decidir não significando que a exposição de tais motivos tenha que ser extensa, ou não possa ser procedida de maneira sucinta. Quanto ao mérito manifesta-se a Representante da PGE/PROFIS no sentido que deve ser adotada a Decisão da JJF, pois, *“documentação apresentada pelo autuado não é suficiente à prova do seu direito a ao estorno, carreando inconsistência que somente poderiam ser elididas por documentos mais robustos, tais quais as notas fiscais faturas com detalhamento dos serviços prestados, que todavia, não foram apresentadas”*. Quanto ao novo pedido de diligência entende que não deve ser atendido pois tal procedimento já fora deferido e o ora recorrente nada fez. Opina em conclusão pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Observo inicialmente que um documento acostado ao presente PAF (fls. 164/165) o recorrente requer a juntada de um DAE (fl. 166) que corresponde ao valor total de R\$354.776,00 e tendo como valor principal R\$328.222,81 que corresponde a exigência contida na Resolução da 4ª JJF (fl. 137).

Diante de tal fato só nos resta considerar PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário, para

homologar o pagamento efetuado e considerar EXTINTA a exigência fiscal de acordo com a legislação em vigor.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 278003.0001/05-0, lavrado contra **VESPER S/A.**, devendo o mesmo ser encaminhado à INFAZ de origem para homologação dos valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR PGE/PROFIS