

PROCESSO - A. I. Nº 300199.0001/06-1
RECORRENTE - TELEMAR NORTE-LESTE S/A (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0109-04/07
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 26/07/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0240-11/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. GLOSA DE CRÉDITO. **a)** SERVIÇOS CONTESTADOS. **b)** NOTA FISCAL CANCELADA. A legislação baiana não permite o estorno do débito nas situações apresentadas nem o cancelamento do documento fiscal após escriturado no livro fiscal próprio. A adoção dos procedimentos estatuídos no Convênio ICMS 126/98 somente deve ser exercida nas hipóteses de estorno de débito admitidas pela legislação da unidade Federada do sujeito passivo. Infração caracterizada. Devida a glosa do crédito. Mantida a decisão recorrida. Rechaçada a alegação de decadência. Negado o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0109-04/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração:

“Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a prestações de serviços de comunicações escriturados nos livros fiscais próprios, decorrente de estornos de débito do ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, relativo a serviços contestados, efetuados no período de janeiro/2001, e em relação a notas fiscais canceladas, no período de janeiro, abril, setembro e novembro de 2001 e setembro de 2003.”

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência utilizou os seguintes argumentos, resumidamente, após consignar em preliminar que não pode ser acolhida a alegação de decadência suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram durante o exercício de 2001, e o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme a legislação em vigor, citando o art. 107-A, I, do COTEB. Indeferiu, ainda, o pedido de perícia, por entender que os elementos acostados ao processo são suficientes para a Decisão sobre a lide, citando o art. 147, II, “b” do RPAF/BA, consignando, ainda, que o sujeito passivo teve 25 meses para providenciar a documentação comprobatória do crédito, mas não apresentou nenhum comprovante.

No mérito, afastou a alegação da empresa de que a falta de apresentação da documentação comprobatória é apenas mero descumprimento de obrigação acessória, punível com aplicação de multa e não cobrança de imposto, ao argumento de que a exigência fiscal tem lastro no Convênio ICMS 39/01, transcrevendo a disposição dos §§3º e 4º da Cláusula terceira do referido acordo neste sentido. Aduz, ainda, a Decisão recorrida, que não tendo o contribuinte autuado atendido às exigências contidas no referido convênio, ou seja, não fazendo prova dos elementos comprobatórios que justificassem os motivos determinantes do estorno, através de notas fiscais com detalhamento dos serviços prestados, entende caracterizada a infração imputada.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – 155 a 165 – onde requer a reforma da decisão recorrida, alegando em preliminar a decadência dos créditos exigidos, repetindo tese apresentada na Impugnação, e afastando a argumentação da JJF por entender que somente nas hipóteses em que o contribuinte deixar de recolher antecipadamente absolutamente todo o tributo apurado – o que entende não ser o caso dos autos – não dando ensejo, assim, à dita homologação do pagamento pela Fiscalização, é que opera a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I do CTN, citado pela relatora. Aduz, ainda, que a inexistência de dolo, fraude ou simulação no presente caso – de resto não argüida pela autuação fiscal – leva à inextorável conclusão pela aplicabilidade do art. 150, §4º do CTN.

No mérito, entende que com base no art. 170 do CTN que prevê o pagamento mediante compensação, e com fulcro no art. 93, VIII do RICMS/BA, que prevê hipóteses em que se autoriza a constituição de crédito quanto ao valor dos estornos de débitos, assevera que é direito subjetivo do contribuinte quitar seus débitos mediante compensação com os créditos que houver recolhido indevidamente, direito que não pode ser obstado por suposto descumprimento de obrigações acessórias.

Cita o Convênio ICMS 126/98 e transcreve sua Cláusula terceira e os §§3º e 4º, e afirma que está promovendo o levantamento da documentação solicitada, mas que em razão da antiguidade e do volume, ainda não foi possível ser apresentada integralmente ao Fisco. Afirma que o art. 166 do CTN, que transcreve, ampara seu direito de recuperar o imposto indevidamente pago, já que os serviços sobre os quais foram recolhidos os tributos não chegaram a se ultimar, seja porque foram contestados pelos usuários, seja porque foram cancelados. E como as respectivas notas fiscais foram canceladas, o ônus econômico não foi repassado ao consumidor final, tendo, assim, arcado com o encargo do tributo, o que o autoriza a pleitear a compensação do valor indevidamente pago.

Ao final, requer perícia para comprovação de que os estornos de débito foram realizados regularmente, e que o imposto cobrado foi integralmente quitado pela mesma, indica assistente técnico para tanto e apresenta quesitação.

Pugna, por fim, pelo Provimento do Recurso para declarar-se a decadência dos débitos anteriores a 09/11/2001 ou o reconhecimento da compensação dos débitos, cancelando-s o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 169 a 171 – pronuncia-se inicialmente pela não aceitação da alegação de decadência, consignando que o art. 150 do CTN estabelece prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como o ICMS, mas com base na autorização legal do §4º do referido dispositivo, a legislação baiana fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve iniciar-se o prazo decadencial, o que encontra amparo em parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que cita e transcreve.

No mérito, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que, como o contribuinte tem a posse dos documentos que poderiam comprovar a regularidade do estorno, e não tendo o mesmo se desincumbido de provar o que lhe compete provar, a autuação deve ser mantida.

VOTO

No que toca à alegação de decadência dos débitos anteriores a 09/11/2001, de logo devemos rechaçá-la, visto que embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperar o imposto, mediante lançamento de ofício (Auto de Infração), o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Este entendimento também encontra lastro em Decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça como a seguir transcrito:

“Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 101407/SP – Relator Ari Pargendler – Primeira Seção - DJ 08/05/00, p. 53:

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

*Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquele em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. **Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição de crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.** Embargos de divergência acolhidos.”* (grifos não originais)

Quanto ao pedido de perícia fiscal, o mesmo deve ser negado, visto que estando o contribuinte em poder dos documentos que alega, desde a defesa, como comprobatórios da regularidade no lançamento dos estornos de débito efetuados, caberia sua apresentação, ainda que por amostragem, o que não foi feito até o presente momento. Sendo prova que compete ao contribuinte, como ressaltou a PGE/PROFIS, a ele caberia dela se desincumbir, nos termos do art. 141 do RPAF/BA, “*in verbis*”:

“Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.”

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente. Mas é necessário consignar que a legislação baiana tem como regra a vedação do estorno de débito quando se referir a valor constante em documento fiscal emitido, ex vi o art. 112 do RICMS/BA, abaixo transcrito:

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

Assim, se o débito constar de documento fiscal emitido, não cabe mais estorno, como regra geral, devendo ser recuperado mediante repetição de indébito, nos termos do § 4º do referido dispositivo

“§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.”

Assim, apenas nas hipóteses excepcionadas no §1º do referido dispositivo é que se permite o estorno mediante a utilização de crédito fiscal, “*in verbis*”:

“§ 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”.

A regra do art. 93, VIII, a qual faz remissão o dispositivo acima, por sua vez, apenas respalda a utilização do crédito fiscal nas duas hipóteses referenciadas no §1º do art. 112, e não poderia deixar de ser à vista da literal disposição do caput do art. 112. Assim, como visto, somente permite a legislação baiana o estorno do débito na forma de utilização de crédito fiscal, nas hipóteses de

pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação. Nos demais casos, caberá tão-somente pedido de restituição, nos termos do RPAF/BA.

Por outro lado, de fato o Convênio ICMS 126/98, que dispõe sobre concessão de regime especial para as empresas prestadoras de serviço público de telecomunicações e dá outras providências, com a redação dada pelo Convênio ICMS 39/01, determina na sua Cláusula terceira, §§3º e 4º, regras procedimentais de estorno de débito.

No entanto, o caput da referida Cláusula é claro quando determina procedimentos a serem adotados para o estorno, ***“nas hipóteses de estorno de débito admitidas em cada unidade federada”***. Ora, a legislação baiana, como visto acima, não permite o estorno de débito de valor constante em documento fiscal, caso do presente Auto de Infração, em que a empresa autuada estornou débitos em decorrência, segundo ela mesma, de serviços prestados e posteriormente contestados, inclusive com imposto recolhido, ou através de notas fiscais canceladas. Transcrevemos a referida Cláusula:

“§ 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:”

Ressalte-se que também a legislação baiana veda o cancelamento do documento fiscal quando regulamente escriturado, nos termos do art.211 do RICMS/BA.

“Art. 211. Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.”

Do exposto, independente do não cumprimento pelo sujeito passivo dos procedimentos exigidos pelo convênio em referência, especificados nos §§3º e 4º da sua cláusula terceira, entendemos correta a exigência fiscal de glosa dos créditos, visto que a legislação baiana de fato não admite o estorno do crédito nas hipóteses descritas na presente autuação.

Ressalto que a não apresentação por parte do contribuinte autuado da documentação que evidenciaria as operações que deram lastro ao estorno indevidamente efetuado, torna ainda mais grave o procedimento da empresa, pois sequer permite ao Fisco identificar devidamente tais operações.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e pela manutenção da Decisão recorrida, com os fundamentos retroexpostos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0001/06-1, lavrado contra **TELEMAR NORTE-LESTE S/A (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.116.186,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPRES. PGE/PROFIS