

PROCESSO - A. I. Nº 300199.0002/06-8
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0124-03/07-A
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0278-12/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO NÃO COMPROVADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação estabelece que o débito fiscal só pode ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal, que deverá ser apresentado à fiscalização quando solicitado. Infração comprovada. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a R. Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF n.º 0124-03/07-A, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 07/11/2006, refere-se à exigência de R\$492.500,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por ter efetuado estorno de débito em desacordo com a legislação deste imposto.

Irresignado, o autuado apresentou impugnação dizendo que o defendente é uma empresa concessionária de serviço público de telecomunicação, autuada pelo Fisco Estadual pela suposta irregularidade no “*estorno de débitos recolhidos a título de ICMS*”. Aduziu que os estornos deveram-se ao cancelamento de notas fiscais cujos serviços faturados não foram prestados, dentre outros motivos que serão esclarecidos pela perícia requerida, e que, intimado, o impugnante apresentou documentação comprobatória dos estornos efetuados - que, no entanto, foi considerada insuficiente pelo Fisco. Salientou que, diante desta ausência de documentação, imputou irregular os procedimentos de estorno, lavrando-se o Auto de Infração, ora guerreado. Reproduziu os artigos 112, 113, 569 do RICMS-BA e 42, da Lei nº 7.014/96 e destacou que a autuação funda-se no entendimento equivocado do Fisco de que a não apresentação de parte da documentação solicitada implicaria na imputação de não pagamento do tributo devido. Entendeu que o descumprimento de obrigação acessória é causa de aplicação de multa isolada, e não de cobrança do imposto já pago mediante compensação, citando o artigo 170, do CTN, que prevê o pagamento mediante compensação e delega aos entes tributantes a faculdade de editar ou não lei autorizativa desta forma de pagamento. Salientou que o Estado da Bahia, optando pela compensação como forma de pagamento, previu no art. 93 do RICMS-BA as hipótese em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo que o inciso VIII se aplica *in casu*, transcrevendo o referido artigo. Entendeu que, desta forma, 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. Ressaltou que o Convênio ICMS nº 126/98 estabelece as obrigações acessórias específicas para as empresas de telecomunicações, e, no caso de estorno de débito, o procedimento que as empresas devem adotar está consignado na Cláusula 3ª, do mencionado acordo interestadual. O defendente assegurou que está promovendo o levantamento do restante da documentação solicitada, e, em razão da antiguidade e do volume, ainda não foi possível ser integralmente apresentada à

fiscalização. Pediu a realização de perícia, que se incumbirá de apurar se os estornos de débito foram regularmente realizados pela empresa e que os tributos ora exigidos foram quitados integralmente. Indicou como assistente técnica, a Sra. Delane Áurea Moraes de Jesus Magalhães, e apresentou quesitação que desejava ver respondida pela perícia. Finalizou pedindo a improcedência da autuação, e, também, que se reconhecesse a legitimidade dos estornos de débito realizados pela empresa.

Os autuantes, em sua informação fiscal, disseram, em relação ao argumento do autuado de que os estornos de débito se referem a cancelamentos de notas fiscais de serviço não prestados faturados indevidamente e de cancelamentos parciais em decorrência das contestações dos clientes, que o mesmo não pode prosperar, tendo em vista que o contribuinte não apresentou qualquer documento comprobatório dessas alegações. Alertaram que, por várias vezes, a empresa foi intimada a reapresentar o arquivo com as informações corretas, juntamente com os demais documentos comprobatórios, e a mesma não atendeu a nenhuma intimação. No mérito, argüiram que o autuado alega, em síntese, que a falta de apresentação de parte da documentação solicitada não é motivo para a glosa dos créditos fiscais oriundos dos estornos de débitos por ela efetuados, posto que o descumprimento de obrigação acessória é causa de aplicação de multa e não de cobrança do imposto. Esclareceram que o Auto de Infração em questão trata da glosa de créditos fiscais oriundos de diversos estornos de débitos efetuados pelo impugnante sem a devida comprovação com documentação fiscal que dê suporte aos lançamentos efetuados. Salientaram que o contribuinte não deixou de apresentar apenas parte da documentação, como quer fazer crer, mas, simplesmente, ignorou todas as intimações encaminhadas para entrega da documentação comprobatória, bem como as prorrogações elásticas de prazo que lhe foram concedidas e se recusou a apresentar os documentos solicitados. Aduziram, inicialmente, que a empresa entregou um arquivo magnético contendo a relação das NFST's estornadas, contudo, as informações constantes no relatório estavam inconsistentes, o que impossibilitou sua validação. Ressaltaram que a empresa também não entregou nenhuma nota fiscal de serviço de telecomunicação contendo os serviços estornados, nenhuma relação analítica com os motivos determinantes de cada estorno de débito efetuado, nenhum processo de contestação por parte dos clientes do contribuinte, referente aos valores estornados e que infrutíferas foram todas as tentativas e alternativas utilizadas pela fiscalização para que a empresa justificasse, com os documentos fiscais comprobatórios exigidos pelo RICMS/BA e Convênios, os estornos de débitos efetuados no período de março/2002. Destacaram que os valores apontados no Auto de Infração foram extraídos dos Registros de Apuração do ICMS elaborados pelo contribuinte, conforme cópias anexas (fls. 14/17). Aduziram que a primeira intimação foi entregue ao contribuinte em 17/08/2004 e as demais em 01/12/04, 16/02/06 e 07/08/2006, respectivamente, conforme cópias anexas ao PAF, (fls. 19/27), e que durante esse período não mediram esforços para obtenção de toda documentação solicitada, salientando que nessas reuniões o contribuinte alegava dificuldade em levantar a documentação solicitada no prazo estipulado pela fiscalização, face ao grande volume de dados e da antiguidade das informações. Alegaram que não tinham nenhum interesse em criar obstáculos ao contribuinte e que estavam sensíveis às dificuldades alegadas pelos representantes da empresa. Salientaram que, passados 812 dias da primeira intimação, sem que o contribuinte apresentasse nenhum tipo de documento comprobatório, não restou nenhuma opção aos autuantes, senão a lavratura do Auto de Infração em comento. Reproduziram os artigos 170, do CTN, e 93, do RICMS-BA, dizendo que, com relação ao art. 170 do CTN, o texto é muito claro ao afirmar que somente poderá haver a compensação do crédito tributário com os créditos fiscais líquidos e certos; que só podem ser considerados líquidos e certos aqueles créditos fiscais que puderem ser comprovados com documentação fiscal suporte, justamente a mesma documentação que o impugnante se recusa a fornecer. Argüiram que o inciso VIII, do art. 93, do RICMS/BA, prevê as hipóteses de utilização do crédito fiscal referente aos estornos de débitos efetuados na forma prescrita nos artigos 112 e 113, transcrevendo o teor dos citados artigos. Ressaltaram que o *caput*, do art. 112, estabelece a condição em que pode ocorrer o estorno do débito, rezando que somente poderá ser estornado o débito fiscal quando não se referir a documento fiscal, ou seja,

via de regra, o RICMS/BA não aceita o estorno de débito de documento fiscal. Acrescentaram que o §1º, deste artigo, preconiza que somente será aceito o estorno de débito nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, nos termos do inciso VIII, do art. 93, o que não é o caso do impugnante. Continuaram argüindo que sobre o tema crédito fiscal o artigo 91 e 92, do RICMS-BA, deixa claro que o direito ao crédito fiscal está condicionado à emissão de documento fiscal idôneo e comprovação do recolhimento do imposto e que o autuado não apresentou nenhum documento fiscal que justificasse os créditos fiscais lançados no livro de Apuração do ICMS. Quanto ao Convênio ICMS 127/98, argumentaram que o referido acordo dispõe sobre concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações e, como em todo regime especial, em caso de descumprimento por parte das empresas atendidas, pode ser revogado pela unidade federada, e que o mencionado convênio estabelece nos seus § 3º e 4º, da cláusula terceira, os procedimentos a serem adotados pelas empresas prestadoras de serviço de telecomunicação, no caso de estornos de débito. Alertaram que os § 3º e 4º foram acrescidos ao Convênio ICMS 126/98 pelo Convênio ICMS 39/01, com efeitos a partir de 12/07/01, reproduzindo o texto legal. Entenderam que o artigo 569, do RICMS-BA, descreve os mesmos procedimentos do aludido acordo interestadual com vigência até 09/05/2006, e transcreveram o citado artigo. Salientaram que, tanto o Convênio ICMS 126/98 como o RICMS/BA, tratam das hipóteses de estorno de débito admitidas em cada unidade federada, e que, nesse caso, é de bom alvitre verificar quais são as hipóteses de estorno de débito admitidas no artigo 112, do RICMS/BA. Portanto, se tomar como base o Convênio ICMS 126/98, combinado com o art. 112, do RICMS/BA, não há como prosperar as alegações do impugnante, posto que os estornos de débitos efetuados são indevidos por falta de disposição legal. Aduziram que, mesmo se considerando a possibilidade de estorno de débito de documento fiscal, teria o impugnante que cumprir com os procedimentos exigidos nos § 3º e 4º, do Convênio ICMS 126/98, o que não ocorreu, uma vez que o impugnante não entregou nenhum documento comprobatório que desse suporte aos valores lançados nos livros fiscais de Apuração do ICMS, a título crédito fiscal proveniente de estorno de débito. Ressaltaram que, pelas alegações do impugnante, fica comprovada a falta de entrega da documentação solicitada, e que não se trata de "*restante da documentação solicitada*", mas sim da totalidade da documentação, haja vista que a empresa não entregou absolutamente nada à fiscalização, no que diz respeito aos valores autuados. Em relação ao pedido de perícia, solicitado pelo autuado em sua defesa, informaram que não acolhem o mesmo, pois a solicitação é totalmente descabida, em virtude de não encontrar nenhum amparo legal para sua concessão em nosso RPAF, conforme artigo 147 inciso I. Finalizaram mantendo integralmente a imputação fiscal.

Através do Acórdão JF nº 0124-03/07, decidiu a Primeira Instância pela Procedência da autuação, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitado o pedido de perícia formulado pelo autuado, "*haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção*", sem prejuízo do fato de que "*a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme o previsto no art. 147 inciso II, "a" do RPAF/99*";
- b) no mérito, a exigência do imposto está amparada nos artigos 93, VIII, 112 e 113 do RICMS-BA, transcritos no voto de primeira instância, constatando, ainda, que "*o autuado nas suas alegações reconhece que não apresentou toda a documentação solicitada*", deixando de acostar aos autos as provas necessárias "*para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF-BA, como também não emitiu o documento fiscal exigido na forma regulamentar*"; também asseveraram os julgadores de primeira instância que "*os autuantes concederam o prazo suficiente para o que o impugnante apresentasse a documentação comprobatória dos estornos efetuados*";
- c) por fim, ressaltaram que "*o Convênio ICMS nº 126/98, que dispõe sobre concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações,*

estabelece que nas hipóteses de estorno de débito do imposto será elaborado relatório técnico interno, que deverá permanecer à disposição do Fisco pelo mesmo prazo previsto para a guarda dos documentos fiscais, contendo, no mínimo, as informações referentes ao número, à data da emissão, ao valor total, a base de cálculo, e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), objeto do estorno; os motivos determinantes do estorno; a identificação do número do telefone para o qual foi refaturado o serviço, quando for o caso. Com base no mencionado relatório interno 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”; logo, “Como o autuado não comprovou por meio da documentação necessária os estornos efetuados, entendendo que não se trata apenas de descumprimento de obrigação acessória, como faz crer o defendente, e sim, de comprovação quanto ao efetivo direito ao crédito fiscal utilizado, mediante estorno de débito”, manteve a autuação.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário repisando integralmente os argumentos expendidos em sua peça defensiva já acostada aos autos, pugnando pela realização de perícia e postulando, ao final, a improcedência da autuação, bem como que se reconhecesse a legitimidade dos estornos de débito realizados pela empresa.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, após tecer escorço histórico do presente PAF, entende que não merece qualquer reparo o acórdão guerreado. Assevera que “os supostos documentos comprobatórios do regular estorno de débito encontram-se em poder da própria empresa autuada – se existirem -, não havendo razão para o deferimento da perícia requerida”, cabendo ao recorrente o ônus probante de modificar ou extinguir o direito do FISCO, o que não ocorreu. Aduz que o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para comprovar a infração imputada ao autuado, transcrevendo o art. 143, do RPAF, para embasar o seu entendimento. Assinala que o Estado da Bahia delimitou o método de comprovação do direito creditício e sua correlata utilização, o que não foi observado pelo recorrente no caso vertente. Invoca e transcreve os arts. 93, VIII, 112, § 1.º, e 113, da Lei n.º 7.014/96, bem como o Convênio 126/98, para salientar que está disciplinado, pormenorizadamente, o procedimento específico que deve ser adotado no caso de estorno de débito do imposto, o que não foi cumprido pelo recorrente “que nem sequer apresentou às autoridades fazendárias as cópias das notas fiscais estornadas e refaturadas, em autêntico afronto às disposições legais acima transcritas”. Acrescenta que não merece guarida a tese recursal de inaplicabilidade do art. 166, do CTN, “tendo em vista que não restou demonstrada a efetiva existência e origem dos valores estornados nos livros fiscais de apuração do ICMS, pelo que não se pode perquerir a real assunção do encargo financeiro em questão”, razão pela qual não há como se acolher a tese defensiva de simples descumprimento de obrigação acessória. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão proferida em Primeira Instância.

Inicialmente, não há como prosperar o pedido de perícia formulado pelo recorrente. Isso porque o conjunto probatório existente nos autos é suficiente para a formação da convicção do julgador, convido reiterar o quanto decidido pelo julgador de primeira instância no sentido de que “a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos”, à luz do quanto disposto no art. 147 inciso II, “a” do RPAF/99.

Ademais, os documentos que comprovariam a existência de “regular estorno de débito” estão em posse da própria empresa autuada, não tendo sido os mesmos colacionados ao presente PAF, omissão que não tem o condão de modificar ou extinguir o direito do FISCO.

O ônus probante era do recorrente, quedando-se silente o mesmo em apresentar a prova nos presentes autos.

Rejeito, portanto, o pedido de perícia formulado na peça recursal.

No âmbito meritório, de igual forma, não merece guarida a tese recursal.

Restou demonstrado o acerto da autuação, à luz do que preceituam os artigos 93, VIII, 112 e 113 do RICMS-BA. Além disso, o próprio recorrente reconhece que não apresentou toda a documentação solicitada, olvidando-se em juntar aos autos as provas contrárias para elidir a acusação fiscal, em face da norma regulamentar insculpida no artigo 123, do RPAF/BA, sem prejuízo do fato de que deixou de emitir o documento fiscal exigido na forma regulamentar.

Impende observar que os autuantes concederam o prazo suficiente para que o impugnante apresentasse a documentação comprobatória dos estornos efetuados, o que não aconteceu.

Acresça-se a isso o fato de que o Convênio ICMS 126/98 consigna, de forma detalhada, o procedimento específico que deve ser adotado no caso de estorno de débito do imposto, o que não foi cumprido pelo recorrente que se absteve de apresentar às autoridades fazendárias as cópias das notas fiscais estornadas e refaturadas, violando os dispositivos legais supra invocados.

Quanto ao argumento recursal de inaplicabilidade do art. 166, do CTN e alegação de que apenas descumpriu simples obrigação acessória, raso em fundamentação válida se apresenta o mesmo, posto que não restou demonstrada a efetiva existência e origem dos valores estornados nos livros fiscais de apuração do ICMS, o que impossibilita a real assunção do encargo financeiro em questão.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **300199.0002/06-8**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS492.500,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. PGE/PROFIS