

A. I. N.^º - 300199.0001/06-1
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR e EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 08. 05. 2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0109-04/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. GLOSA DO CRÉDITO. **a)** SERVIÇOS CONTESTADOS. **b)** NOTA FISCAL CANCELADA. Convênio ICMS 39/01 determina que nas hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada, 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 nota fiscal, valor da operação, o número de telefone e os motivos determinante do estorno. O contribuinte, devidamente intimado, não apresentou documentos que respaldassem a prática dos estornos de débitos registrados. Infrações caracterizadas. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/10/2006, exige ICMS no valor de R\$ 1.116.186,97, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$7.945,56, em desacordo com a legislação deste imposto. A empresa deixou de apresentar à fiscalização a documentação suporte (relatórios internos, NFST's e demais documentos comprobatórios) referente aos ESTORNOS DE DÉBITOS – SERVIÇOS CONTESTADOS, efetuados no período de janeiro/2001. Valores apurados conforme demonstrativo Anexo 01 juntado aos autos.
- 2- Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$1.108.241,41, em desacordo com a legislação deste imposto. A empresa deixou de apresentar à fiscalização a documentação suporte (relatórios internos, NFST's e demais documentos comprobatórios) referente aos ESTORNOS DE DÉBITOS – NOTA FISCAL CANCELADA, efetuados no período de janeiro, abril, setembro e novembro/2001 e setembro/2003. Valores apurados conforme demonstrativo Anexo 02 juntado aos autos.

O autuado, às folhas 60 a 67, através de representante legalmente constituído, impugnou o lançamento tributário alegando preliminarmente decadência dos créditos em relação aos períodos anteriores a 09.11.2001, uma vez que foi cientificado da autuação em 09.11.2006, devendo ser declarados extintos, com base no artigo 156, V, do CTN, transcrevendo decisão do STJ.

No mérito, aduz que a não apresentação de parte da documentação solicitada implicaria na imputação de multa e não pagamento do imposto.

Argumenta que o artigo 170 do CTN, o qual transcreveu, prevê o pagamento mediante compensação e delegado aos entes tributantes a faculdade de editar ou não lei autorizativa desta forma de pagamento. Acrescenta que o Estado da Bahia, optando pela compensação como forma

de pagamento previu no art. 93 do RICMS/97 as hipótese em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo inciso VIII a hipótese aplicável a este caso. Desta forma, entende que é direito subjetivo do contribuinte quitar seus débitos mediante compensação com os créditos que houver recolhido indevidamente, direito que não pode ser obstado descumprimento de obrigações acessórias, a qual encontra-se prevista no Convênio ICMS nº 126/98, transcrevendo as Cláusulas 3º e 4º.

Aduz que está promovendo o levantamento do restante da documentação solicitada que, em razão da antiguidade e do volume, ainda não foi possível ser integralmente apresentada ao fisco.

Transcreve o artigo 166 do CTN e argumenta que os serviços sobre os quais foram recolhidos os tributos não chegaram a se ultimar, seja porque contestados pelos usuários, seja porque foram cancelados. Portanto o autuado foi quem assumiu o encargo do tributo, o que o autoriza a pleitear a compensação do valor indevido pago.

Prosseguindo, requer perícia para comprovar que quitou integralmente os tributos.

Ao finalizar, requer a decadência dos débitos fiscais anteriores a 09.11.2001 e o reconhecimento da compensação dos débitos.

Na informação fiscal, fls. 121/136, os autuantes contestam os argumentos defensivos, inicialmente em relação a alegação de decadência parcial, transcreveram o artigo 965 do RICMS/97, informando que efetuaram o lançamento fiscal referente as operações registradas nos exercícios de 2001 a 2003, tendo iniciado a fiscalização no exercício de 2004 e concluído no curso do exercício de 2006, tudo conforme intimações entregues ao contribuinte e junta aos autos às folhas 33 a 56, portanto, dentro do prazo previsto no RICMS/Ba. Não cabendo, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento judicial posto que devem obedecer ao RICMS/Ba por responsabilidade funcional.

Quanto ao mérito, reiteram que o Auto de Infração em questão trata da glosa de créditos fiscais oriundos de diversos estornos de débitos efetuados pela impugnação sem a devida comprovação com documentação fiscal que dê suporte aos lançamentos efetuados.

Destacam que o autuado ignorou todas as intimações encaminhas para entrega da documentação comprobatória, bem como as prorrogações elásticas de prazo que lhe foi concedida e se recusou a apresentar os documentos solicitados, não apresentando nenhum documento, embora alegue que apresentou parte.

Asseveram que nada, absolutamente nada foi entregue à fiscalização, nenhum arquivo magnético contendo a relação das NFST's e valores estornados, 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.

Ressaltam que a 1ª intimação foi entregue ao contribuinte em 17/08/2004 e as demais em 01/12/04, 22/12/04, 25/01/05, 01/12/05 e 16/02/06 respectivamente, conforme cópias anexas ao PAF, folhas 33 a 56. Ocorre que, passados 804 dias da primeira intimação, sem que o contribuinte apresentasse nenhum tipo de documentação comprobatória, não restou nenhuma opção aos autuantes, senão a lavratura do Auto de Infração em questão.

Salientam que os valores apontados no Auto de Infração foram extraídos dos Registros de Apuração do ICMS elaborados pelo contribuinte, conforme cópias anexas, folhas 12/31.

Argumentam que o artigo 170 do CTN, é muito claro ao afirmar que somente poderá haver a compensação do crédito tributário com os créditos fiscais LÍQUIDOS E CERTOS, obviamente que só pode ser considerado líquido e certo aqueles créditos fiscais que puderem ser comprovados com documentação fiscal suporte, justamente a mesma documentação que a impugnante se recusa a fornecer. O caput do art. 112 do RICMS/97 que estabelece a condição em que pode ocorrer o estorno do débito, diz que somente poderá ser estornado o débito fiscal quando não se

referir a documentação fiscal, ou seja, via de regra, o RICMS/Ba não aceita o estorno de débito de documento fiscal. O § 1º deste artigo estabelece 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 artigo 93, o que não é o caso do autuado.

Prosseguindo, transcrevem os arts. 91 e 92, inciso I, II e III, ressaltando que, de acordo com esses dispositivos, fica claro que o direito ao crédito fiscal está condicionado a emissão de documento fiscal idôneo e comprovação do recolhimento do imposto. Pelo que consta no PAF o contribuinte não apresentou nenhum documento fiscal que justificassem o crédito fiscal lançado no livro de apuração do ICMS.

Aduzem que o Convênio 126/98, de 11/12/1998, 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. 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, transcrevendo os citados dispositivos, ressaltando que o artigo 569 do RICMS/97 descreve os mesmos procedimentos.

Relativamente a citação do artigo 166 do CTN, reiteram que até a presente data o impugnante não demonstrou com documentação suporte, a que se referem os valores lançados a crédito nos livros fiscais de Apuração do ICMS à título de estorno de débito, portanto, não a que se falar em artigo 166 do CTN nem em outro dispositivo legal, posto que todos valores carecem de provas documentais. Somente depois de comprovado a origem dos valores, a veracidade das informações, a possibilidade regulamentar para utilização de débitos, é que, poderíamos discutir se caber ou não a invocação do art. 166 do CTN.

Em relação ao pedido de perícia, informam que são contrários, pois não encontram amparo legal, conforme artigo 147, inciso II do RPAF/99, uma vez que o autuado se recusa a apresentar a documentação fiscal comprobatória que justifique os estornos de débitos por ele efetuado.

Ao finalizar, opinam pela manutenção da autuação.

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, decorrente de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, tendo a empresa deixado de apresentar à fiscalização a documentação suporte (relatórios internos, NFST's e demais documentos comprobatórios) referente aos ESTORNOS DE DÉBITOS – SERVIÇOS CONTESTADOS, efetuados no período de janeiro/2001 (Infração 01) e referente aos ESTORNOS DE DÉBITOS – NOTA FISCAL CANCELADA, efetuados no período de janeiro, abril, setembro e novembro/2001 e setembro/2003 (Infração 02).

Inicialmente, em relação a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista os fatos geradores ocorreram durante o exercício de 2001 e o direito da Fazenda Pública de 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, conforme legislação tributária em vigor, inclusive o artigo 107-A, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81).

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, o autuado teve mais de 25 (vinte e cinco) meses para providenciar a documentação e não apresentou nenhum comprovante dos referidos créditos.

Em sua defesa, no mérito, o autuado alega que a falta de apresentação de parte da documentação não é motivo para a glosa dos créditos fiscais oriundos dos estornos de débitos, posto que o descumprimento de obrigação acessória é causa de aplicação de multa e não cobrança do imposto. Entretanto, tal alegação não encontra amparo na legislação, em especial o Convênio ICMS 39/01, publicado no DOU de 12/07/01, o qual determina:

"§ 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."

A alegação defensiva de que está providenciando a documentação não pode ser acolhida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 30/10/2006 e a primeira intimação foi recebida pelo autuado em 17/08/2004, folha 33 dos autos, ou seja, o autuado teve mais de 25 (vinte e cinco) meses para providenciar a documentação e não apresentou nenhum comprovante.

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 os § 3 e 4º, acima transcritos, 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 300199.0001/06-1, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, 24 de abril de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR