

A. I. N° - 206863.0012/07-5
AUTUADO - VIVO S.A
AUTUANTES - MAURÍCIO COSTA GOMES e MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10. 07. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0229-01/08

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **a)** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal o estorno de débito, desde que seja motivado e devidamente comprovado, na forma prevista na legislação tributária estadual. O contribuinte, não apresentou os relatórios e documentos contendo os elementos que respaldassem a prática dos estornos de débitos registrados. Não acolhida a arguição de decadência e indeferido o pedido de perícia. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi reconhecido, pelo impugnante, a falta de recolhimento do imposto exigido, relativo à parte que entende não haver a decadência. Não acolhida a arguição de decadência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2007, traz a exigência do ICMS, além da multa de 60%, no valor total de R\$ 715.044,57, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 – efetuou estorno de débito do ICMS no valor de R\$ 708.114,49, em desacordo com a legislação deste imposto. Consta que o contribuinte lançou como “Outros Créditos” estornos indevidos de débitos com a descrição “Impugnações/Contestações Sobre Serviços de Telecom”, conforme demonstrado no anexo 1, relativo aos meses de janeiro a outubro/2002, janeiro a dezembro/2003, janeiro a maio/2004;

Infração 02 - recolheu a menos o ICMS no valor de R\$ 6.930,08, concernente à prestação de serviços de comunicação, nos meses de abril e junho/2002, janeiro, maio, junho e agosto/2003.

O autuado, às fls. 158 a 173, através de seu representante legal, devidamente constituído, apresenta impugnação ao lançamento, alegando que o presente auto de infração foi lavrado em função de estornos de débitos, que se justificam, contudo, em razão de haver ICMS destacado ou pago a mais decorrente de erros de faturamento de serviços de telecomunicação (cobrança de serviços não-prestados, cobrança de tarifa em desconformidade com o plano de serviços contratado pelo cliente, clonagem de aparelhos celulares etc.).

Colaciona os dispositivos que teriam sido por ele inobservados (art. 112 e 113 do RICMS/BA, infração 01, e art. 4º, I, II, § 1º c/c art. 51, II, “I”, 66, I e 568, também do RICMS, quanto à infração 02).

Alega que o auto de infração não deve subsistir em face da decadência parcial dos créditos autuados e da legitimidade de todos os creditamentos e estornos de débitos, que ensejaram a lavratura da

infração 01. E quanto à infração 02, em referencia aos valores que entende não decaídos, reconhece a procedência da exigência, afirmando que providenciará seu recolhimento aos cofres baianos.

No mérito, recorre ao art. 150, do CTN, para demonstrar a decadência, que afirma existir em referencia a infração 01, defendendo a pertinência da aplicação do § 4º, do citado artigo, por entender ser o caso dos autos, pois o ICMS devido teria sido regularmente quitado pela Impugnante no valor que acreditava devido. Afirma que, no entendimento do Fisco estadual, o pagamento teria sido a menor, o que lhe faz concluir, pela aplicação do prazo estabelecido no art. 150, 4º (de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador), apontando por oportuno, entendimento do STJ (RESP. 101.407/SP), e STJ (RESP. 733.915/SP, RESP 657.405/RS, RESP 572.603), bem como o voto do eminente Ministro Teori Zavascki, sobre tal prazo.

Ressalta o impugnante que esse é exatamente o caso dos autos, pois afirma que o impugnante recolheu regularmente o ICMS que entendia devido, tendo a fiscalização se restringido a exigir-lhe, por meio do Auto de infração ora impugnado, as diferenças que imputou devidas. Entendendo, desta forma, que, por tal motivo, deve ser afastada a aplicação do prazo previsto no art. 173, I, do CTN, segundo o qual, o termo inicial do quinquênio é adiado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Seguindo esse viés, o impugnante argumenta que a ciência do contribuinte, acerca da autuação, deu-se em 28.12.2007, o período relativo aos meses de janeiro a outubro de 2002, relativamente à infração nº01, e abril e junho de 2002, relativamente à infração nº 02, estariam, assim, atingidos pela decadência, haja vista que a impugnante teria sido regularmente intimada do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos.

Questiona legalidade da exigência do imposto relativo a serviços não prestados, argumentando serem as cobranças indevidas pela vedação da tributação de serviços não onerosos, lembrando o Convênio ICMS nº 39/01, incorporado à legislação baiana pelo Decreto nº8.023/01.

Segundo o impugnante, o Fisco teria entendido como indevido o aproveitamento de créditos de ICMS, descritos como “Impugnações/Contestações sobre Serviços de Telecom”, buscando esclarecer que os créditos aproveitados advêm de cobranças indevidas, casos em que o contribuinte teria faturado serviços de telefonia a seus clientes de forma equivocada, responsabilizando, no caso em tela, a problemas no sistema de cobrança ou cadastros de clientes, incorretamente feitos. Assim, após verificação interna ou mediante reclamação de seus clientes, corrigiu as cobranças, concedendo créditos aos clientes indevidamente cobrados.

Argumenta, dessa forma, a inexistência da prestação do serviço, uma vez que o valor faturado indevidamente teria sido devolvido ao cliente, fato que o motivou a se creditar do ICMS, indevidamente recolhido ao fisco baiano. Para consolidar a sua tese aponta o disposto no art. 2º, III, da LC. 87/96 e lições doutrinárias de Roque Antonio Carrazza, a respeito da matéria.

Informa a impugnante que não se aproveitou dos créditos, desamparada de substrato normativo, lembrando a existência do Convênio ICMS nº 126/98, alterado pelo Convênio nº 39/01 (ratificado pelo Decreto 8.023/2001), que defende, prever o procedimento adotado nos parágrafos 3º e 4º da cláusula terceira da referida norma convenial.

Anexa aos autos mídia magnética, onde afirma conter os relatórios exigidos pelo dito convenio, resumindo todos os lançamentos do período, descrevendo todas as contas em que houve ajuste e que foram feitas cobranças indevidas aos clientes, concedendo crédito aos mesmos, relativos aos serviços não prestados, legitimando a restituição do ICMS pago pela impugnante ao Fisco baiano.

O impugnante, levando em consideração a incorporação do convenio 39/01, defende que o enquadramento feito pelos autuantes é indevido (art. 112 do RICMS/BA), ao proceder aos estornos dos valores. Pondera que, se havia no RICMS baiano norma especial que regia o procedimento de

estorno, especificamente quanto às empresas de telecomunicações, espelhada no Convênio ICMS nº 39/01, não poderia o fisco invocar dispositivos genéricos do regulamento, que regem a forma de estorno para outros tipos que contribuintes que não as empresas de telecomunicações.

Anexa aos autos documentação comprobatória dos cancelamentos de faturamentos aos seus clientes e dos créditos a eles concedidos, por amostragem (em vista do volume de documentos), relativa aos períodos de apuração de setembro/2003 e janeiro/2004.

Buscando comprovar a pertinência de suas alegações, requer a realização de perícia, para aferir a inexactidão do lançamento fiscal, apontando, na oportunidade, seu assistente técnico e quesitos.

Conclui sua impugnação requerendo a procedência da impugnação para reconhecer a decadência dos créditos correspondentes às compensações e aos estornos realizados entre 01.2002 e 10.2002 (relativamente à infração nº 01) e aos recolhimentos a menos realizados em 04.2002 e 06.2002 (relativamente à infração nº 02), bem como, o cancelamento do auto de infração.

Os autuantes, às fls. 917 a 922, apresentam a informação fiscal, contestando a procedência da arguição de decadência, formulado pelo impugnante, uma vez que os mesmos teriam efetuado o lançamento fiscal de operações registradas nos meses de janeiro a outubro de 2002, relativamente à infração nº 01, e abril e junho de 2002, referente à infração nº 02, e o início, bem como a conclusão dos trabalhos de fiscalização ocorreram no curso do exercício de 2007. Sustentam que o contribuinte foi notificado em 28.12.2007, tendo sido cumpridos os prazos previstos na legislação.

Inferem que os oito relatórios anexados ao PAF pelo Impugnante, em mídia magnética (Doc. nº 4), não contêm todas as informações exigidas pela legislação tributária estadual para comprovação dos valores de ICMS estornados mensalmente pelo Contribuinte e que estão previstas nas alíneas “a” 1., 1.1 e 1.2 do inciso III do artigo 569 do RICMS/BA, o que no seu entendimento, impede a comprovação da legitimidade dos estornos.

Ressaltam ainda que o layout de cada relatório, no que diz respeito a valores, restringem-se a informar apenas “valores cancelados” e/ou valores ajustados” em cada NFST, não oferecendo, desta forma, as informações referentes a valor total, base de cálculo e valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno.

Quanto aos relatórios impressos, juntados aos autos pelo autuado, denominados de Doc. nº 05-A (relativos ao mês 09/2003 - folhas 210 à 241) e Doc. nº 05-B (relativos ao mês 01/2004, folhas 242 à 265), referem-se a relatórios de controle interno do Contribuinte (notas dos atendentes do sistema de atendimento ao cliente da VIVO), contendo informações relativas às reclamações recebidas, datas de faturamento e cancelamento, valor cancelado e motivo – documentos estes em desconformidade com o RICMS/BA, por não conter todas as informações mínimas necessárias e exigidas pelo já citado regulamento, sendo eles: o valor total, base de cálculo e o valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno.

Sobre os relatórios impressos juntados pelo impugnante e denominados como Doc. nº 06-A (relativos ao mês 09/2003 folhas - 266 à 280) e Doc. nº 06-B (relativos ao mês 01/2004 folhas 281 à 293), os autuantes esclarecem que estes também referem-se a relatórios de controle interno da VIVO e demonstram os créditos concedidos aos clientes, com a respectiva forma de concessão, aduzindo que estas planilhas também não contêm as informações mínimas necessárias exigidas pelo RICMS/BA: valor total, a base de cálculo e o valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno.

Em referencia aos documentos apensados ao PAF (50 Notas Fiscais), os autuantes ressaltam que o impugnado não anexou cópias das NFST que deveriam documentar o registro do estorno do débito, conforme exigido pelo RICMS/BA, no art. 569, alínea a, 2, limitando-se a anexar, após cada cópia de

NFST, da amostragem que foi objeto de reclamações de clientes, documentos, exemplificados nas folhas 303 a 306, denominados “AJUSTE DE CONTA TELEFÔNICA-VIVO S.A.”), lembrando ainda que tais documentos não são Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicação (NFST), e sim documentos internos de ajustes de contas, objeto de reclamações procedentes de clientes.

Afirmam que, o Contribuinte não adotou corretamente o procedimento estabelecido pelo art. 569, inciso III, alínea a 1, 1.1, 1.2, 1.3 e 2, para as hipóteses de estorno de débito do imposto, inviabilizando a validação dos valores creditados no seu Livro Registro de Apuração apensado às folhas 13 a 153 do PAF, e que foram objeto da Infração 01 do Auto de Infração.

Concluem, assim, pela manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração, sob combate, traz a exigência do crédito tributário relativo a duas infrações: a infração 1, materializa a exigência do ICMS decorrente da utilização de créditos indevidos concernentes estorno de débito em desacordo com a legislação deste imposto; a infração 2, por sua vez, se refere ao recolhimento a menos o ICMS.

Cabe registrar, preliminarmente, que o autuado acata a imputação relativa à infração 2, com exceção dos períodos relativos ao exercício de 2002, que entende serem alcançados pela decadência.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência do contribuinte, acerca da autuação, deu-se em 28.12.2007, assim, o período relativo aos meses de janeiro a outubro de 2002, pertinente à infração nº 01, e abril e junho de 2002, concernente à infração nº 02, estariam atingidos pela decadência, haja vista que a impugnante teria sido regularmente intimado do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, acima alinhados, somente se operaria a partir do dia 31/12/2007.

Ocorre que os procedimentos que deram início a fiscalização, bem como a própria ciência do Auto de Infração, ocorreram antes de 31/12/2007, ou seja, consta, à fl. 08, intimação com a devida ciência, para apresentação de livros e documentos fiscais, datada de 28/03/2007 e ciência do próprio Auto de Infração, datada de 27/12/2007. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, não prosperando, portanto, os argumentos defensivos, haja vista que a decadência, relativa aos fatos geradores do exercício de 2002, só se materializaria após a data de 31/12/2007.

Diante do não acolhimento das razões trazidas pela defesa, quanto à decadência dos períodos concernentes ao exercício de 2002, relativos à infração 02, bem como o acolhimento pelo impugnante dos períodos que entende não serem alcançados pela decadência, considero procedente a exigência alinhada na infração 02.

Cabe registrar que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, considerando esses relatórios, documentos, bem como os trazidos pelos autuantes, juntamente com seus respectivos esclarecimentos apresentados, indefiro a solicitação de perícia, pois os elementos

trazidos aos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, amparado no que dispõe o art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99.

Ultrapassadas as arguições de decadência, resta enfrentar as demais questões de mérito da infração 01. Verifico que os autuantes levantaram os valores de débitos que foram estornados em desacordo com o disposto na legislação tributária estadual. O impugnante entende que cumpriu os dispositivos do Convênio ICMS 39/01, que fixa regra específica para os aludidos estornos, uma vez que estas prevalecem sobre as regras gerais constantes nos artigos 112 e 113 do RICMS/BA.

Ocorre que, apesar de os autuantes consignarem no enquadramento legal os artigos 112 e 113 do RICMS/BA, que estabelecem normas mais restritivas para os estornos de débitos, especialmente em relação ao “caput” do art. 112, que só permite os estornos ou anulações de débitos aos que não se referir ao valor constante em documento fiscal, o contribuinte, conforme indicaram os autuantes, não atendeu aos critérios previstos no próprio Convênio 39/01, (posteriormente incorporado ao art. 569 do RICMS/BA, inciso III, alíneas “a” e “b” com efeitos até 09/05/06), que, nos seus §§ 3º e 4º, da cláusula terceira, exigem, para os aludidos estornos, além de outros requisitos, a necessidade de indicação do valor total da nota, base de cálculo e o valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST), objeto de estorno.

Observo que o aludido § 4º, da Cláusula Terceira do Conv. 39/01, não deixa dúvidas quando determina que o relatório interno, de que trata o inciso I do §3º da mesma cláusula, deve estar acompanhado dos elementos comprobatórios, e estes não foram apresentados em sua integralidade, contendo todos os elementos exigidos para a comprovação dos aludidos estornos.

Ao analisar, também, os argumentos, documentos e relatórios apresentados pelo impugnante, concluí de forma mais detalhada, em consonância com as informações trazidas pelos autuantes que:

a) os relatórios apresentados pelo autuado em mídia magnética não contêm, efetivamente, todas as exigências previstas nas alíneas “a” 1. 1.1 e 1.2 do inciso III do artigo 569 do RICMS/BA, para comprovação dos valores de ICMS estornados mensalmente pelo Contribuinte. Não havendo, portanto, os elementos necessários à comprovação da legitimidade dos aludidos estornos. Os autuantes anexaram aos autos o lalyout de cada relatório, no que diz respeito a valores, demonstrando que os mesmos restringem-se a informar apenas “valores cancelados” e/ou valores ajustados” em cada NFST, não oferecendo, desta forma, as informações referentes a valor total, base de cálculo e valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno.

b) os relatórios impressos, juntados aos autos pelo autuado, denominados de “Doc. nº 05-A” relativos ao mês 09/2003, às folhas 210 à 241, e Doc. nº 05-B , relativos ao mês 01/2004, às folhas 242 à 265, conforme inferem os autuantes, referem-se a relatórios de controle interno, constando notas dos atendentes do sistema de atendimento ao cliente do autuado, informações relativas às reclamações recebidas, datas de faturamento e cancelamento, valor cancelado e motivo. Esses documentos estão em desconformidade com o RICMS/BA, por não contemplarem as informações mínimas necessárias e exigidas, ou seja: o valor total, base de cálculo e o valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;

c) quanto aos relatórios impressos juntados pelo impugnante e denominados como Doc. nº 06-A, relativos ao mês 09/2003, às fls. 266 a 280 e Doc. nº 06-B, relativos ao mês 01/2004, às fls. 281 a 293, após os esclarecimentos dos autuantes, verifico que também se referem a relatórios de controle interno do autuado e demonstram os créditos concedidos aos clientes, com a respectiva forma de concessão. Assim, essas planilhas também não contemplam as já mencionadas informações mínimas necessárias exigidas pelo RICMS/BA;

d) em relação as 50 Notas Fiscais anexadas aos autos pelo impugnante, resta razão aos autuantes quando afirmam que, em relação às estas notas fiscais de Serviços de Telecomunicações, que teriam sido objeto de ajustes concedidos pela Empresa, constantes às fls. 295 a 914, o mesmo não anexou cópias das NFST que deveriam documentar o registro do estorno do débito, conforme exigido pelo RICMS/BA, no art. 569, alínea “a”, 2, uma vez que o impugnante se limitou a anexar, após cada cópia de NFST, da amostragem, que foi objeto de reclamações de clientes, documentos denominados “AJUSTE DE CONTA TELEFÔNICA-VIVO S.A.”. Tais documentos não são, na verdade, Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicação, e sim documentos internos de ajustes de contas, objeto de reclamações procedentes de clientes, confirmando, assim, as alegações dos autuantes;

O autuado, portanto, não consegue demonstrar, mesmo com os documentos e planilhas apresentadas na defesa, que efetuou corretamente os procedimentos estabelecidos pelo art. 569, inciso III, alínea a 1, 1.1, 1.2, 1.3 e 2, para as hipóteses de estorno de débito do imposto, inviabilizando a validação dos valores creditados no seu Livro Registro de Apuração apensado às folhas 13 a 153 do PAF, e que foram objeto da Infração 01.

Diante do acima alinhado, considero a infração 01 subsistente. Voto, portanto, pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206863.0012/07-5**, lavrado contra **VIVO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$715.044,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “f” do art. 42, da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR