

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0005/07-7
RECORRENTE - BCP S/A. (CLARO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0323-02/08
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 27/10/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, cujo objetivo é reformar a Decisão proferida pela 2ª JF, que julgou o Auto de Infração totalmente Procedente, o qual acusa o recorrente de ter efetuado estorno de débito de ICMS, no período de janeiro a junho de 2007, em desacordo com a legislação deste imposto, sendo apurado um débito no valor de R\$2.887.668,74, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014.96.

Os julgadores de primeira instância administrativa, após analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, inicialmente afastaram as preliminares arguidas e no mérito julgaram o lançamento de ofício procedente, nos termos do voto que abaixo transcrevo:

“Analisando a argüição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, faltando-lhe a motivação e a correta capitulação legal, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tais argumentos não podem ser acolhidos.

O primeiro deles pelo fato de que a acusação fiscal está efetivamente motivada no Auto de Infração, ou seja, está claramente especificada na descrição dos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxeram os autuantes, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente o demonstrativo à fl. 04, entregue ao autuado, onde consta uma nota dizendo que “Os créditos não são devidos conforme Conv.59/06”, e as cópias do RAICMS às fls.13 a 67. Além disso, consta que os valores apurados correspondem exatamente com os valores lançados no Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado, e o CFOP das operações que foram desconsiderados os créditos efetuados. Portanto, a origem dos valores lançados no demonstrativos de débito está comprovada, não havendo necessidade de demonstrar os cálculos, mas apenas os valores do ICMS indevido e a base de cálculo para o demonstrativo de débito no Auto de Infração. Assim, motivação há. Se correta ou não a exigência, isto será motivo de apreciação quando do mérito.

O segundo argumento - ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação dos encargos moratórios - ou seja, o fundamento legal para a aplicação de correção monetária e do acréscimo moratório, observo que a folha anexa ao Auto de Infração, entregue ao sujeito passivo, estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos apurados, na forma prevista no artigo 138 do RICMS/97 e no artigo 39, inciso IV, alínea “e”, combinado com o § 3º, do RPAF/99, notadamente que o débito será atualizado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios, taxa essa, não obstante a alegação defensiva, é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB). Portanto, não implica nulidade a preliminar argüida, pois ficou evidente

a forma como serão atualizados os encargos moratórios.

Quanto a alegação defensiva de que através da Ordem de Serviço nº 512652/07, foi lavrado o AI nº 274068.0002/07-8, sendo cientificado em 17/09/2007, e que posteriormente foi lavrado o AI nº 274068.0005/07-7 (objeto deste PAF), com base na mesma ordem de serviço citada e no mesmo valor, os autuantes esclareceram que o primeiro AI não foi registrado na SEFAZ, e contém outro valor, tendo o sujeito passivo tomado conhecimento deste informação e silenciado a respeito.

Por estas razões, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a 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, no período de janeiro de junho de 2007.

A apuração dos valores lançados no Auto de Infração encontra-se no demonstrativo intitulado de "Demonstrativo de Crédito Indevido – Anexo I", fl. 04, cuja cópia foi entregue ao autuado, e os valores do ICMS lançados no Auto de Infração foram extraídos do livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado no CFOP 1.205 (anulação de valor relativo à prestação de serviço de comunicação), conforme cópias às fls. 13 a 67.

Na defesa fiscal, o patrono do autuado alega que seguiu rigorosamente a Cláusula Primeira do Convênio nº 39/01, porém, ressalta que o Estado da Bahia, através do Convênio nº 59/06, recepcionado nos artigos 112 e 113 do RICMS/97, deixou de aplicar o disposto no Convênio nº 39/01 alterando o procedimento formal para o estorno de débito.

Esclareceu que os valores creditados se referem ao Plano Franquia, tendo juntado um CD para comprovar sua alegação, e argumentou que embora o seu procedimento não tenha sido feito na forma regulamentar, não causou nenhum prejuízo ao erário público, e considerou confiscatória a multa que foi aplicada, requerendo a sua redução ao patamar de 2%.

O autuado admitiu que o seu procedimento não está em conformidade com a forma regulamentar, porém, 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.

Analizando a legislação que rege a espécie, observo que as hipóteses de estorno de débito por estabelecimentos de empresa de telecomunicação foi disciplinado nos parágrafos 3º e 4º do Convênio ICMS 126/98, sendo modificado pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS 39/01. Posteriormente, foram estendidas ao Estado da Bahia, através do Convênio ICMS 59/06 a não aplicação do parágrafo 3º estabelecido no Convênio ICMS 123/05, efeitos a partir de setembro de 2005, sendo recepcionado pelo RICMS/97 no parágrafo 4º do artigo 569-A.

Portanto, a alegação defensiva 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."

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.”

Inconformado com a Decisão acima, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário requerendo, em sede de preliminar, a nulidade da Decisão, aduzindo que os Julgadores de primeira instância administrativa foram omissos em relação aos argumentos contidos na impugnação acerca da inaplicabilidade e o caráter confiscatório da multa aplicada, o que impossibilitou o Autuado de conhecer o entendimento daquele órgão julgador sobre a matéria. Com o objetivo de fundamentar as suas alegações colaciona ementas de julgados proferidos por diversos tribunais fiscais administrativos.

Quanto ao mérito, reprisa os argumentos trazidos na defesa administrativa, aduzindo que agiu conforme previsão contida no Convênio ICMS 39/01, e que ao ser constatado que o imposto foi recolhido indevidamente, efetuou corretamente o seu estorno, uma vez que ficou evidenciada a inocorrência do fato gerador do ICMS.

Argumentou, ainda, que a Decisão recorrida, apesar de acertadamente ter analisado a legitimidade do procedimento adotado pelo recorrente à luz do Convênio ICMS 39/01, julgou procedente a autuação sob o fundamento de que não teriam sido atendidas as exigências do referido convênio, notadamente no que se refere à comprovação dos motivos ensejadores dos estornos.

Disse o recorrente que, por ser uma empresa de telefonia móvel, possui a titularidade de todas as chamadas telefônicas realizadas por meio dos terminais por ela habilitados, porém *“muitas vezes, as “ligações telefônicas” feitas pelos usuários são viabilizadas por outras operadoras de telefonia (tais como a GVT, a Embratel, a Intelig, a Telemar, entre outras), tudo a depender do tipo de chamada realizada. Portanto, embora o recorrente seja a titular das chamadas, nem sempre os serviços de telefonia disponibilizados aos usuários são por ela prestados.”*

Aduziu que, mesmo nos casos em que os serviços de telefonia forem prestados por outras operadoras, o recorrente é a responsável em emitir a nota fiscal da outra operadora que também disponibilizou os serviços. Tal operação é conhecida como co-faturamento.

No que se refere ao plano de franquias, cujo objeto é combatido em sua defesa, afirma que o mesmo consiste num contrato em que o cliente paga um valor mensal à recorrente e tem direito a utilizar um determinado pacote de minutos da forma que desejar.

Nas hipóteses em que o serviço é prestado por outra operadora, segundo o Autuado ocorre uma bitributação, isto porque é destacado o ICMS decorrente do valor pago no pacote de franquias, e na nota fiscal decorrente dos serviços prestados por terceiras empresas de telefonia. Constatando o autuado que não praticou o fato gerador do imposto não restou outra alternativa a não ser efetuar os estornos do débito do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 39/01.

Afirmou que, diferentemente do quanto entenderam os julgadores *a quo*, *“todos os estornos de débitos efetuados pelo recorrente com base na sistemática do Plano Franquia acima detalhada tiveram sua origem comprovada por meio dos documentos constantes do CD juntado à Defesa, a partir dos quais fica evidente que os créditos aproveitados pelo recorrente decorrem de pagamento indevido do ICMS, razão pela qual o recorrente requer, desde logo, a conversão do julgamento do presente Recurso em diligência a fim de que não parem dúvidas acerca do conteúdo do arquivo digital acostado aos autos e da legitimidade do procedimento adotado pelo recorrente.”*

Ao final do seu Recurso Voluntário pugna pela nulidade do Acórdão recorrido, tendo em vista a omissão apontada, e caso a nulidade não seja acolhida, pugna pela improcedência do Auto de Infração, reiterando todos os termos da defesa, mais especificadamente o seu item II.2.3. que trata sobre a inaplicabilidade da multa e o caráter confiscatório.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, opinou pelo seu não provimento

aduzindo, inicialmente, que as razões trazidas na peça recursal não são capazes de provocar a reforma do acórdão recorrido.

Em relação à nulidade da Decisão arguida pelo recorrente, asseverou que não há motivos suficientes para declará-la nula, vez que a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou toda a matéria controvertida. Aduziu que a multa aplicada encontra-se correta, uma vez que a mesma está disciplinada no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Ressaltou, ainda, que os órgãos julgadores do CONSEF não possuem competência para apreciar matéria constitucional, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99 e que o presente lançamento preencheu todos os requisitos contidos no art. 39 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, sustentou que todos os argumentos contidos no Recurso já haviam sido apreciados e afastados pelos julgadores *a quo*. Disse, ainda, que restou evidenciado que o recorrente utilizou crédito fiscal ignorando o procedimento previsto no Convênio ICMS 39/01, o qual prevê que nas hipóteses de estorno de débito será adotado relatório interno consolidado, contendo as informações referentes à nota fiscal, valor da operação, o número de telefone e os motivos determinantes.

No tocante à pretensão do sujeito passivo em comprovar os motivos do estorno através de uma diligência fiscal no arquivo digital (CD) acostado à defesa inicial, disse que tal produção de prova, análise de documento digital, não encontra amparo legal na legislação. Assim, se o contribuinte desejasse estornar os débitos deverá obedecer às regras cristalinas disciplinadas no Convênio ICMS 39/01.

Argumentou, ainda, que a diligência requerida não há como ser acolhida, isto porque o art. 147, Inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, dispõe que a diligência deverá ser indeferida quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou a sua cópia simplesmente poderia ter sido pelo mesmo acostada aos autos.

Ao final de seu opinativo, aduz que não é possível dar guarida à pretensão do autuado de considerar legítima a apropriação de crédito fiscal, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento desta data, os representantes da PGE/PROFIS presentes à sessão, Drs. José Augusto Martins Júnior e Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento Sé, retificam o entendimento esposado no Parecer de fls. 307/310, e opinaram pelo Provimento do Recurso Voluntário no sentido de que a Decisão recorrida fosse anulada em face do não enfrentamento pela JJF dos argumentos apresentados pela defesa em relação à multa aplicada.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa reformar a decisão proferida em Primeira Instância administrativa, a qual julgou o auto de infração totalmente procedente. O lançamento de ofício em análise, acusa o sujeito passivo de ter efetuado estorno de débito de ICMS, no período de janeiro a junho de 2007, em desacordo com a legislação deste imposto.

Em seu Recurso Voluntário sustenta o autuado a nulidade do julgado, aduzindo, para tanto, que os Julgadores de Primeira Instância administrativa não se pronunciaram expressamente acerca da alegação de que a multa aplicada possui efeito confiscatório e da inaplicabilidade da mesma, ocasionando-lhe cerceamento de sua defesa, vez que as decisões proferidas tanto pelas instâncias administrativa quanto judicial devem ser fundamentadas.

Analisando todo o *decisum*, observo que razão assiste as alegações trazidas pelo sujeito passivo. Em que pese o Acórdão guerreado houvesse atacado, com a devida sapiência, grande parte das alegações trazidas na impugnação de fls. 121/132, se olvidou em enfrentar a alegação acerca da aplicação e do efeito confiscatório da multa aplicada.

Como é de sabença notória, as decisões judiciais e administrativas devem conter a devida fundamentação, enfrentando todos os pontos controvertidos de forma expressa, sob pena de se violar os princípios da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

Não havendo a devida fundamentação acerca do efeito confiscatório da multa aplicada, não há como se considerar válido o referido Acórdão.

Ante o exposto, acolho o entendimento externado pelos representantes da PGE/PROFIS na assentada de julgamento, e voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, a fim de se anular a decisão guerreada, para que a Primeira Instância administrativa profira nova Decisão, enfrentando, desta feita, a alegação de não aplicação e confiscatoriedade da multa aplicada, de forma expressa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 274068.0005/07-7, lavrado contra **BCP S/A. (CLARO)**, devendo o processo administrativo retornar à Primeira Instância para proferir nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREEIRA - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS