

.A. I. N.º - 274068.0005/07-7
AUTUADO - BCP S/A
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e MÁRCIA A. SAMPAIO GOULART
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 02.03.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0021-02/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. GLOSA DO CRÉDITO. 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 acolhidas as arguições de nulidade. Existência de previsão na legislação tributária estadual para a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, não tendo este órgão julgador competência para declarar a sua inconstitucionalidade. Também não foi acolhido o pedido de exclusão ou redução da penalidade lançada conjuntamente com o tributo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/09/2007, exige o imposto no valor de R\$2.887.668,74, sob acusação de que foi efetuado estorno de débito de ICMS, no período de janeiro a junho de 2007, em desacordo com a legislação deste imposto, conforme demonstrativo à fl. 04 e cópias das folhas do Registro de Apuração do ICMS às fls. 13 a 67.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em 18/10/2007, em sua manifestação às fls.100/101, expõe 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, com base na mesma ordem de serviço citada e no mesmo valor.

Aduz que para evitar a cobrança da exigência fiscal em duplicidade, requer o cancelamento do AI nº 274068.0002/07-8, informando que no prazo legal apresentará impugnação ao AI objeto deste processo.

Em 22/10/2007, o sujeito passivo, às fls. 121 a 132, impugnou o lançamento tributário, alegando cerceamento de defesa, e arguindo a nulidade da autuação, com fundamento no artigo 18, II, do RPAF/99, com base nas seguintes preliminares.

Como primeira preliminar, após discorrer sobre questões relaciona existência e validade do ato administrativo de lançamento tributário

renomado professor de direito tributário, o defendente alega cerceamento ao seu direito de defesa por ausência de motivação para o presente lançamento. Aduz que a fiscalização não justificou o motivo ensejador da exigência fiscal, e que não foram apontadas as supostas violações legais e os dispositivos utilizados para os cálculos, nem as razões que levaram a desconsideração dos estornos efetuados. Além disso, argui ainda que não foi indicada a forma de cálculo para apuração da base de cálculo utilizada para determinar o montante que foi lançado.

Como segunda preliminar, argui ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação de correção monetária e do acréscimo moratório, ou seja, que não foi especificado o dispositivo aplicável e o índice utilizado para corrigir os supostos créditos tributários, impedindo-lhe de verificar a correção dos cálculos.

No mérito, aduz que as empresas de telecomunicações realizam estorno de débitos do ICMS, decorrentes de situações rotineiras, tais como emissão de nota fiscal em duplicidade, anulação de serviços, entre outras, situações que não se configuram hipótese de incidência do ICMS.

Assevera que o usuário dos serviços de telecomunicação tem direito ao questionamento dos serviços faturados, e que, uma vez comprovado que não houve a prestação de serviço por erro apresentado em seu sistema, conclui-se que os valores pagos a título de ICMS sobre os serviços não prestados foram indevidamente recolhidos.

Salienta que com o objetivo de disciplinar a forma como o estorno seria efetuado, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 39/01, transcrevendo a Cláusula Primeira, a qual, diz que seguiu rigorosamente conforme pode ser verificado nos arquivos salvos no CD que anexou.

Diz 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.

Discordou da acusação fiscal de estorno de débito em desacordo com a legislação, sustentando que os mesmos foram efetuados em conformidade com o Convênio nº 39/01, em razão da comprovação da não ocorrência do fato gerador relativamente aos serviços não prestados.

Argumenta que a fiscalização não questionou o direito ao estorno de débito que deu origem ao auto de infração, mas tão somente o procedimento adotado pela empresa.

Salienta que o Estado da Bahia sempre adotou o Convênio nº 39/01, sendo que apenas em 2006 é que alterou o seu procedimento formal para o estorno de débito.

Por conta disso, diz que embora o seu procedimento não tenha sido feito na forma regulamentar, não causou nenhum prejuízo ao erário público, entendendo que poderia no máximo ensejar a aplicação de multa que, mesmo assim, não concorda.

Visando comprovar que a não ocorrência do fato gerador decorre o seu direito de aproveitar os valores recolhidos com base nos serviços não prestados, esclareceu que os valores creditados se referem ao Plano Franquia.

Explicou que o Plano Franquia consiste num contrato em que o cliente paga um valor mensal e tem direito a utilizar determinados minutos da forma que melhor lhe convier, e exemplificou a contratação de pacote de 100 (cem) minutos, tomando por base uma fatura de R\$100,00, qual seja: quando o cliente resolve utilizar os 100 minutos em ligações interurbanas através de outras operadoras, em sua fatura constarão duas notas fiscais, uma com o valor de R\$ 100,00 referente à franquia, com ICMS destacado de R\$27,00, e outra nota fiscal contendo os interurbanos efetuados equivalente a R\$100,00, com ICMS no valor de R\$27,00, concluindo que ocorre dupla tributação, metade para cada operadora.

Repete que a fiscalização não questionou os valores creditados, e que o procedimento adotado pela empresa está em desacordo com a legis

Dizendo que demonstrou que não ocorreu o fato gerador do ICMS, cujos créditos decorrem do pagamento indevido do imposto, conforme documentos salvo no CD anexado ao processo, conclui que os estornos de débito foram devidamente comprovados.

Prosseguindo, o defendente argüindo que o procedimento dos estornos foi feito sem qualquer tipo de dolo, e não causou prejuízo ao erário público, invocou o artigo 915, § 6º, do RICMS/97, para argumentar a inaplicabilidade da multa prevista no art.42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e por considerar que a mesma tem caráter confiscatório.

Nesse sentido, fez menção a norma expressa no art. 3º do Código Tributário Nacional, e a jurisprudência no âmbito do judiciário sobre a questão relacionada com confisco através de multas consideradas estorsivas, e citando também lição de renomados professores de direito tributário.

Por fim, requer a improcedência da autuação, e subsidiariamente que seja afastada a multa que foi aplicada, ou a sua redução para o patamar máximo de 2%.

Foi requerido ainda que as futuras intimações relativas ao presente processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, em seu escritório situado na Avenida França, 164, Edf. Futurus, 7º andar, CEP 400010-000, Salvador/Ba.

Na informação fiscal, às fls. 159 a 160, no tocante ao pedido de cancelamento do AI nº 274068.0002/07-8, os autuantes informam que realmente foi dada ciência do mesmo, porém, que não foi registrado no sistema da SEFAZ, pois já existia o auto de infração nº 274068.0005/07-7, que se encontra devidamente registrado e possui inscrição estadual e valores diversos.

Quanto ao auto de infração objeto deste processo, às fls. 161 a 166, os autuantes contestam os argumentos defensivos, em relação a primeira preliminar, esclarecendo que no Demonstrativo de Crédito Indevido – Anexo I, fls. 4 do processo, entregue o autuado, consta qual o CFOP da operação cujo crédito foi desconsiderado, com data do fato gerador e valor do crédito indevido, transcrito às fls. 13 a 67 do livro de apuração. Chamam a atenção de que como os valores lançados e sua base de cálculo foram extraídos dos Registros de Apuração do ICMS elaborados pelo contribuinte, não há a necessidade de demonstrar o cálculo.

Dizem, ainda, que o motivo da autuação consta especificado no demonstrativo a informação “Os créditos não são devidos conforme Conv. 59/06”, e que o autuado está ciente da natureza da infração que cita nas páginas 127 e 129 a 132.

Justificam o seu procedimento, dizendo que o Estado da Bahia aderiu ao Convênio ICMS 59/06, devendo serem aplicados os artigos 112 e 113 do RICMS/97.

Observam que o contribuinte autuado está consciente da motivação do auto de infração, pois após a autuação alterou o seu procedimento de apuração do imposto devido, não mais lançando os valores referentes a estorno de débitos.

Quanto a preliminar de ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação dos encargos moratórios, os autuantes dizem que os encargos moratórios são aplicados em todos os processos administrativos fiscais, com fulcro no artigo 39, § 3º, do RPAF/99 e no artigo 138-B, inciso II, do RICMS/97.

Por conta disso, dizem que a ausência das citações dos dispositivos legais utilizados para a aplicação dos encargos moratórios não é motivo de nulidade do lançamento, por entenderem que esse procedimento é adotado para todos os créditos reclamados, não sendo devida a alegação de desconhecimento da lei.

Quanto ao mérito, destacam que o entendimento do autuado é que a escrituração do suposto crédito deveria ser feita conforme § 1º do art.112 e inciso VII do a) lançamento no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos”,

Erário Público, pois o estorno de débito é oriundo de destaque em duplicidade no documento fiscal, conforme documentos salvo em CD anexado à defesa.

Rebateram essa alegação dizendo que no caput do artigo 112 do RICMS/97, está previsto que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, e que o autuado só poderia lançar o suposto crédito no quadro “Outros Créditos”, no caso de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, o que, segundo os autuantes o estorno de débito efetuado não se enquadra nesta situação.

Salientam que a hipótese de destaque do imposto no documento fiscal não é fato para o enquadramento no § 1º do art. 112, do RICMS/97, por entenderem que isto não representa erro na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, hipótese em que é facultada a utilização do disposto no § 4º do citado artigo, que prevê que o débito lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos do art.112, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF.

Assim, entendem que o procedimento do contribuinte causou prejuízo ao Estado, pois os valores recolhidos estavam deduzidos dos créditos que foram utilizados sem previsão legal.

Destacam que não procede a alegação defensiva de que a autuação foi motivada por erro de procedimento, pois a autuação se refere à tomada de crédito sem previsão legal e não ao procedimento utilizado.

Por outro lado, salientam que mesmo que os procedimentos adotados pelo autuado estivessem de acordo com o Convênio 39/01, não têm eficácia, considerando-se que o Estado da Bahia, a partir de agosto de 2006, está autorizado a não aplicar o disposto do § 3º da Cláusula Terceira do Convênio 126/98.

Com relação a alegação defensiva de que em virtude do imposto ter sido recolhido tempestivamente, e que houve apenas descumprimento de dever instrumental, suscitando a inaplicabilidade da multa e o seu caráter confiscatório, solicitando que a multa fosse reduzida para o patamar máximo de 2%, os prepostos fiscais a mantiveram argumentando que a mesma está estabelecida no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar, opinam pela manutenção da autuação.

Na sessão de julgamento do dia 15/05/2008, visando instruir o processo com todos os elementos de provas, e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, foi baixado o processo em diligência para que os autuante:

- a) Prestassem esclarecimentos acerca da lavratura do AI nº 274068.0002/07-8, apresentando os documentos que julgassem necessários para comprovar que o mesmo já se encontra cancelado, se fosse o caso;
- b) Juntassem ao processo o “Anexo ao Demonstrativo de Débito” referente ao AI nº 274068.0005/07-7, de modo a permitir ao sujeito passivo verificar 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.

Atendendo ao pedido desta Junta, os autuantes em sua informação fiscal (fls.173 a 175) prestaram os seguintes esclarecimentos.

Com relação a primeira questão, informaram que em 19/4/07 foi lavrado o AI nº 274068.0002/07-8, em nome da BCP S/A com inscrição estadual nº 68.920.207, CNPJ nº 40.422.544/0102-20, dando ciência em 25/04/07, e registrado no Sistema da SEFAZ em 26/04/07, sendo o mesmo quitado pelo contribuinte.

Entretanto, em 13/09/2007, foi lavrado outro auto com o mesmo número (274068.0002/07-8), e com outra acusação fiscal, em nome do estabelecimento com inscrição estadual nº 67.402.257 e CNPJ nº 40.432.544/0081-21, sendo dada ciência ao contribuinte em 17/09/2007, porém que não foi possível efetuar o registro do referido AI no Sistema da SEFAZ em virtude da existência de outro auto registrado com o mesmo número, ocasião que foi levado ao conhecimento do contribuinte sobre o cancelamento do referido auto. Chamam a atenção de que na folha 101 o autuado já reconheceu a retificação e a substituição do AI nº 274068.0002/07-8 pelo auto de infração objeto deste processo.

Aproveitaram a oportunidade para esclarecer a descrição do fato, dizendo que a autuação é decorrente da utilização indevida de crédito fiscal CFOP 1.205, anulação de valor relativo a prestação de serviço de comunicação, e que o Estado da Bahia através do Convênio ICMS 59/06, aderiu ao Convênio ICMS 123/05, que autoriza a não aplicar o disposto no parágrafo 3º da cláusula 3ª do Convênio ICMS 126/98, a partir de agosto/06. Portanto, sustentam que a utilização do crédito fiscal é indevida conforme art.569-A, § 4º do RICMS/97.

Concluem que não existe motivação para cancelamento do AI nº 274068.0002/07-8, pois este não chegou a ser registrado no Sistema da SEFAZ.

Foram anexadas à informação fiscal cópias do Anexo do Demonstrativo de Débito do AI nº 274068.0005/07-7 e do AI nº 274068.0002/07-8 que se encontra quitado.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls. 183 a 184), o autuado foi cientificado dos novos elementos acostados ao processo, mediante a entrega das folhas 159 a 181, correspondentes aos documentos relacionados no despacho de diligência à fl. 170/1.

O autuado se manifesta às fls. 187 a 199, reiterando seus argumentos anteriores e acrescentando, quanto ao esclarecimento sobre a descrição do fato, que em momento algum a autoridade fazendária indicou o artigo 569-A, § 4º, do RICMS/97, como suposto fundamento legal para a lavratura do AI, e que o fato de somente vir a fazê-lo após a lavratura do auto de infração, não tem o efeito de tornar válido o lançamento. Portanto, suscita a nulidade do lançamento por falta de motivação, decorrente da ausência de indicação dos motivos que levaram a desconsideração dos estornos efetuados.

Como segunda preliminar, repetiu sua argumentação anterior no sentido da ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação de correção monetária e do acréscimo moratório, ou seja, que não foi especificado o dispositivo aplicável e o índice utilizado para corrigir os supostos créditos tributários, impedindo-lhe de verificar a correção dos cálculos.

No mérito, reiterou suas alegações anteriores requerendo o cancelamento do Auto de infração e subsidiariamente que seja afastada a multa que foi aplicada, ou a sua redução para o patamar máximo de 2%.

Conforme despacho à fl. 203, em 14/08/2008, o processo foi convertido em diligência para a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, uma vez que os autuantes em sua informação fiscal prestaram esclarecimentos acerca da lavratura do AI nº 274068.0002/07-8, e juntaram o “Anexo ao Demonstrativo de Débito” referente ao AI objeto deste processo.

A Infaz de origem cumpriu o pedido do órgão julgador expedindo intimação e reabrindo o prazo de defesa (fls. 206 e 207), tendo o sujeito passivo se manifestado às fls.208 a 227, aduzindo as seguintes razões de fato e de direito.

Reiterou a preliminar de nulidade sob pretexto de ausência de indicação do dispositivo legal para a aplicação de correção monetária e do acréscimo moratório, ou seja, que não foi especificado o dispositivo aplicável e o índice utilizado para corrigir os supostos créditos tributários, impedindo-lhe de verificar a correção dos cálculos.

No mérito, repetiu em todos os termos seus argumentos da peça c

que houve a utilização de procedimento inadequado para a verificação do direito ao “estorno de débito do ICMS”, e que seja afastada a aplicação da multa diante da impossibilidade de sua cobrança por suposta infração de dever instrumental que não implicou falta de recolhimento do imposto, ou ainda, que diante manifesta natureza confiscatória, seja reduzida a multa para no máximo 2%.

Os autuantes às fls.257 a 264, prestam informação fiscal justificando que atendendo ao pedido do órgão julgador esclareceram a descrição da infração (fl. 174) e apensaram o Demonstrativo de Débito (fl. 176).

Esclareceram ainda que o contribuinte utilizou indevidamente o crédito fiscal CFOP 1.205, anulação de valor relativo a prestação de serviço de comunicação. Observam que o Estado da Bahia através do Convênio ICMS 59/06, aderiu ao Convênio ICMS 123/05, que autoriza a não aplicar o disposto no parágrafo 3º da Cláusula 3ª do Convênio ICMS 126/98, a partir de agosto/06, portanto, a utilização do crédito é indevida conforme artigo 569-A, § 4º do RICMS/97.

Quanto a preliminar de nulidade, esclareceram que no Demonstrativo de Crédito Indevido – Anexo I, fl. 4 do processo, que foi entregue ao autuado, consta qual o CFOP da operação, cujo crédito foi desconsiderado, com data do fato gerador e o valor do crédito indevido, que foi transcrito do Livro de Apuração, fls.13 a 67. Portanto, argumentam que como o valor do imposto reclamado e sua base de foram transcritos do RAICMS, não há forma de cálculo a ser demonstrada. Além disso, observam que no demonstrativo consta uma observação de que os créditos não são devidos conforme Conv. 59/06, o que demonstra o motivo da autuação, destacando, inclusive que ao adentrar no mérito o contribuinte mostrou está consciente da motivação da autuação, tendo alterado o procedimento de apuração do imposto, após lavratura do auto de infração em questão.

Quanto a preliminar de ausência de fundamentação legal para a aplicação da multa, esclareceram que os encargos moratórios são aplicados para todos os processos administrativos fiscais que reclamam crédito tributário, na forma prevista no artigo 39, § 3º do RPAF/99 e no artigo 138-B, do RICMS/97, inclusive citados na informação fiscal. Mesmo assim, aduzem que a ausência das citações dos fundamentos legais utilizados na aplicação dos encargos moratórios não são motivos de nulidade, visto que estão previstos em lei, e não é dado ao contribuinte o direito de desconhecer a lei tributária.

No mérito, rebateram as alegações defensivas com os mesmos argumentos apresentados em sua primeira informação fiscal, e mantiveram o seu entendimento de que mesmo que os procedimentos adotados pelo autuado estejam de acordo com o Convênio 39/01, não tem eficácia, considerando-se que o Estado da Bahia está autorizado a não aplicar o disposto no Parágrafo 3º da Cláusula Terceira do Convênio 126/98 a partir de agosto de 2006.

Para mostrar que esse é o entendimento do CONSEF transcreveu a ementa do julgamento realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão 039/2008, data do julgamento 23/09/2008. (JJF nº 00181-05/08)

Rebateram a alegação de inaplicabilidade da multa e sua natureza confiscatória, dizendo que a multa está estabelecida no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo aplicável independente de dolo, fraude ou simulação, além do fato de que persiste o prejuízo ao erário, pois o procedimento de utilização de crédito indevido na apuração do imposto ocasionou redução do imposto a recolher em cada período.

Salientando que o autuado não acrescentou fato novo, ratificam a autuação e sua informação fiscal anterior.

Conforme decisão proferida através do Acórdão JJF nº 0323-02/08
Julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração totalmente procedente

Inconformado com a Decisão acima citada, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário (fls. 284 a 295) 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 lhe impossibilitou 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.

A PGE/PROFIS em seu Parecer às fls. 307 a 310, lavrado pela Procuradora Maria José Ramos Coelho, 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.

Na assentada do julgamento do dia 14/10/2009, 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.

Através do Acórdão CJF nº 0314-12/09 (fls. 317 a 321), foi decidido por unanimidade PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, concluindo que não houve a devida fundamentação acerca do efeito confiscatório da multa aplicada, não havendo como se considerar válido o referido Acórdão.

O processo foi devolvido à Primeira Instância administrativa para que fosse proferida nova Decisão, enfrentando, desta feita, a alegação da não aplicação e confiscatoriedade da multa aplicada, de forma expressa.

VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0314-12/09 (fls. 317 a 321), foi decidido por unanimidade PROVER o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, através do Acórdão JJF nº 0323-02/08, com fundamento na conclusão de que não houve a devida fundamentação acerca da aplicação e do efeito confiscatório da multa aplicada.

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 enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da

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 demonstrativo 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 argüições 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.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

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 re’), 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.

Analisando 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.

S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

RS\$2.887.668,74, 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, 18 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR