

A. I. Nº - 279468.0005/09-2
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 27.04.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0100-04/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. A legislação do imposto determina que o lançamento de estorno de débito deve ser feito com base em relatórios e documentos de suporte. Na situação presente, a simples apresentação do relatório sem a apresentação dos documentos fiscais correspondentes para dar suporte ao lançamento não assegura direito da utilização do crédito fiscal. Infração não elidida. Rejeitado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 08/09/09 para exigir ICMS no valor de R\$5.962.132,92, acrescido de multa de 60% referente a estorno de débito do imposto efetuado em desacordo com a legislação. Consta na descrição dos fatos que o autuado apresentou relatórios e esclarecimentos sobre “Serviços Contestados; Notas Fiscais Canceladas por faturamento indevido e OS outros” porém apesar de ter sido intimado diversas vezes não apresentou os documentos comprobatórios de suporte dos lançamentos, tudo em conformidade com o disposto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 e art. 569 do RICMS/BA.

Consta ainda que no CD que integra o Auto de Infração, foram gravados os livros de Registro de Apuração do ICMS, os relatórios citados na descrição dos fatos e o Anexo 1 elaborado pela fiscalização, cuja cópia foi entregue ao contribuinte após ter sido submetido à autenticação digital.

O autuado na defesa apresentada às fls. 24/31 inicialmente esclarece que é empresa concessionária de serviço público de telecomunicação, discorre sobre a infração, transcreve os artigos 112 e 113 do RICMS/BA e afirma que a fiscalização reconhece que os estornos de débitos se deveram ao cancelamento de notas fiscais emitidas equivocadamente por ele, devido ao cometimento de erros diversos, como a emissão em duplicidade, a cobrança de serviços não prestados ou de tarifas em desacordo com o plano do usuário, etc (“notas fiscais canceladas, serviços contestados, OS/outras”).

Descreve os procedimentos adotados para correções de contas em função de:

Contestação Tipo I – Quando o cliente contesta parte da nota e não paga a conta telefônica (integralmente), e se confirmada a procedência do pedido, homologa a contestação do cliente, iniciando as medidas internas em seu sistema, necessárias para o estorno do débito do ICMS relativo somente à parcela contestada;

- Debita a receita e credita “Contas a Receber – Valores Contestados” pelo valor acatado. Com base no Mapa de Contestação, o ICMS estornado é somado no mês da apuração.
- A Telemar emite uma FATURA contendo o valor do crédito já reduzido do montante contestado.

Contestação Tipo I: Nos casos em que o cliente efetua o pagamento, teremos:

- Se procedente a contestação, o cliente receberá crédito financeiro na próxima conta sem prejudicar a base do ICMS desta conta seguinte, ao mesmo tempo em que o débito.

2. A concessão de crédito representa mera operação financeira. Para tanto, utiliza-se item tarifário interno, denominado “NÃO USAR S – “S”de Saldo de Conta Credora”.

2 - Cancelamento de Conta por Faturamento Indevido: Quando há erro de leitura da bilhetagem, erro no sistema, processamento eletrônico com falha, etc, reconhecido pela própria Telemar.

a) Há cancelamento de NFST, gerando relatório mensal de estornar os débitos do ICMS calculados sobre valores indevidos e que foram cancelados;

b) A Telemar emite nova NFST, com destaque do ICMS, em substituição à cancelada.

3 - Valores Negativos Gerados no Faturamento (OS e Outros):

a) Registra acertos fiscais a serem processados no sistema, a título de estorno de débito do ICMS tendo por origem as contestações sobre serviços cobrados por MÊS, que não chegaram a ser prestados em sua plenitude, quer por vontade do cliente (rescisão de contrato) quer por interrupção (quebra da conectividade da rede).

b) Crédito de Interrupção – Pode impedir ou restringir a transmissão de dados, pleiteia o desconto sobre o valor a ser cobrado, quando não houver prestação onerosa de telecomunicação por falha técnica atribuída a Telemar e o cliente já havia sido cobrado pela utilização desse serviço para o mês inteiro, processa-se o estorno do ICMS.

Diz que o que se discute, é a documentação comprobatória apta a demonstrar a legitimidade do procedimento como regulamentado e autorizado pelo RICMS/BA.

Atesta que pretende demonstrar e comprovar que os cancelamentos dos débitos de ICMS lançados por equívoco na documentação fiscal se devem à inocorrência do fato gerador do imposto, não surgindo qualquer obrigação tributária, cuja correção de lançamentos contábeis feitos com erro foi devidamente registrada e formalizada sem qualquer prejuízo para o Fisco.

Em seguida comenta a acusação de estorno de débitos de ICMS registrado a título de compensação do imposto pago indevidamente em razão da não prestação do serviço de comunicação, sem qualquer documento comprobatório e diz que tal acusação mostra-se equivocada, tendo em vista que a compensação é prevista no art. 93, VIII do RICMS/BA, conforme transcreveu à fl. 26.

Afirma que os estornos de débitos escriturados decorrem de faturamentos feitos em notas fiscais com destaque de imposto por serviços que não foram prestados, bem como de “serviços contestados” e “Os Outras”, passando a esclarecer cada terminologia contábil utilizada:

NOTAS FISCAIS CANCELADAS - a empresa emite nota fiscal cobrando determinado serviço ao usuário. Posteriormente, identificando que o serviço não fora prestado e que houve erro na emissão do documento, a empresa cancela a aludida nota.

SERVIÇOS CONTESTADOS - à similitude da hipótese acima, a nota fiscal emitida ao usuário contém erro por cobrar-lhe serviço que não fora prestado; contudo, nesse caso, é o usuário que procede à reclamação ou contestação que, passando por um processo de verificação, redonda no cancelamento da nota (no primeiro caso o cancelamento se dá por controle interno da própria empresa; neste, depende de iniciativa do usuário).

OS/OUTRAS - hipótese idêntica à das notas fiscais canceladas, mas oriundas de outro sistema de controle.

Reafirma que em nenhum destes casos ocorreu fato gerador do ICMS-comunicação e o estorno de débito relativo ao imposto destacado nas NFST's atende o disposto no art. 93 c/c o 569 do RICMS/BA, que tratam de deveres formais para o procedimento de estorno de débito.

Diz ainda que “Quanto a esses deveres a Impugnante informa que pretende apresentar, oportunamente, os documentos contábeis necessários para comprovar a legitimidade de seus estornos de débitos, razão pela qual requer, desde já, a realização de prova pericial contábil”.

Ressalta ainda que se a empresa não estivesse em condições de atender ao que admite apenas para argumentar, insurge-se

instituidoras de obrigações acessórias como condicionantes do direito à compensação de tributo indevidamente recolhido, visto que só ocorre obrigação de pagamento de tributo quando há ocorrência de seu fato gerador, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Salienta que as obrigações acessórias têm por finalidade estabelecer o modo como será registrado o estorno do débito, para permitir à fiscalização avaliar sua legitimidade e eventual descumprimento da mesma é causa de aplicação de multa e não de cobrança do imposto, sem que haja excessiva valoração de regra formal em detrimento do direito material do contribuinte, procedimento incompatível com o ato administrativo do lançamento tributário.

Transcreve decisões dos Tribunais Superiores (REsp 770236/PB) cujo Relator foi o Ministro LUIZ FUX e decisão contida no Acórdão JJF Nº 1259/00 do CONSEF para reforçar o seu posicionamento que justifica a imposição de multa por descumprimento de obrigações acessórias e não de exigência de imposto decorrente de obrigação principal.

Reitera que a realização de perícia contábil é indispensável para comprovar que os estornos realizados referem-se aos valores lançados nas NFST's de clientes inadimplentes, para os quais não houve a prestação do serviço de comunicação, legitimando a compensação feita e indica como assistentes técnicos os Srs. Alexei Ribeiro Nunes e Gleidiston de Almeida Castello Branco, com indicação dos seus endereços no Rio de Janeiro, formulando à fl. 31 quesitos que requer sejam respondidos.

Ressalta que a negativa de produção de prova, como o presente que requer necessária avaliação técnica, configura cerceamento de defesa, podendo gerar a nulidade do processo.

As autuantes na informação fiscal prestada às fls. 56/65, inicialmente discorrem sobre a defesa e esclarecem que a autuação trata da glosa de créditos fiscal oriundos de diversos estornos de débitos efetuados pelo autuado, sem a devida comprovação documental.

Ressaltam que foram solicitadas ao contribuinte, conforme intimações às fls. 10 e 11, comprovações documentais e que a empresa entregou apenas “alguns arquivos magnéticos contendo relatórios internos com a descrição dos estornos de débitos efetuados no período sob fiscalização”. Contestam que os relatórios não são suficientes para atestarem a veracidade dos valores creditados, por não estarem acompanhados dos documentos fiscais correspondentes, a exemplo das cópias das NFSTs estornadas; NFST de refaturamento; documentos suporte referente aos processos de reclamação, contestação ou cancelamento de NFST, sendo que a ANATEL exige abertura de processos de reclamação como norma obrigatória; motivo de cada estorno de débito e cancelamentos de NFST, serviços contestados e OS outras.

Informam que foram concedidos 120 dias a partir da primeira intimação, sem que o contribuinte apresentasse qualquer tipo de documento comprobatório, não restando outra opção que não a lavratura do Auto de Infração.

Contestam que não pode prosperar o entendimento da impugnante que o Fisco deveria acatar os valores lançados a título de créditos, sem que fossem apresentados documentos comprobatórios, com base na simples apresentação de relatório elaborado pela empresa contendo informações sobre documentos fiscais. Transcrevem o artigo 93, VIII e Cláusula 3^a, § 3º e Cláusula 4^a do Convênio 126/98 (fls. 59/61) referendados no art. 569 do RICMS/BA, que trata dos procedimentos a serem feitos nas hipóteses de estorno de débito do imposto e tece comentários e observações a respeito das alegações defensivas.

Dizem que o art. 112 do RICMS/BA, cujo teor transcreveu à fl. 62, estabelece condição para estorno de débito fiscal quando não se referir a documento fiscal e que a regra geral é a não aceitação de estorno de débito de documento fiscal, visto que o § 1º do citado dispositivo legal 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 (art. 93, VIII) que não é o caso do autuado.

Ressaltam que da análise conjunta do caput dos arts. 112 e 569 do RICMS/BA com as regras estabelecidas nos §§3º e 4º do Convênio ICMS 126/98, não podem prosperar as alegações defensivas, visto que há proibição de estorno de débito relativo a documento fiscal.

Dizem que, ainda que contrariando o disposto no RICMS/BA, o estorno de débito deveria ser feito em conformidade com o estabelecido no citado Convênio, referendado pelo RICMS, fato que não ocorreu visto que não foi entregue nenhum documento comprobatório que desse suporte aos valores lançados a título de créditos nos livros fiscais. Destacam que o próprio autuado reconheceu na sua defesa ao afirmar que oportunamente apresentará os documentos contábeis necessários para comprovar a legitimidade dos estornos de débito.

Quanto ao pedido de realização de perícia fiscal, afirmam que sua solicitação é descabida por não encontrar amparo legal nos termos do art. 147, II do RPAF/BA, visto que foram infrutíferas as tentativas de que a empresa justificasse mediante apresentação de documentos fiscais exigidos através intimação. Apresentam questionamentos de como será periciado a comprovação dos lançamentos diante da ausência de documentos e dizem que faltam elementos concretos e provas para serem analisadas, visto que não foi apresentado junto com a defesa.

Por fim, argumentam que a defesa é meramente procrastinatória e requerem o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista dos elementos contidos nos autos.

Observo que diante dos quesitos formulados “Qual a origem dos valores objeto do estorno de débitos efetuado pela Impugnante? Houve a efetiva prestação do serviço de comunicação, relativa aos estornos de débitos autuados? Os valores estornados correspondem a ICMS indevidamente recolhido pela Impugnante? Em qualquer hipótese, houve repasse econômico de ICMS para o usuário?”, as respostas para os mesmos só podem ser feitas pelo impugnante, visto que só quem procedeu o estorno de débito é quem sabe a origem dos mesmos e somente com a apresentação dos documentos fiscais escriturados nos seus livros é que pode ser averiguado se correspondem a efetiva prestação de serviços, e ainda, se são indevidos e se foram repassados para os usuários.

Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente a fiscalização identificou lançamentos registrados no livro de apuração do ICMS e requisitou mediante intimações cujas cópias foram juntadas ao processo, a apresentação dos documentos fiscais suportes dos lançamentos o que motivou a exigência do imposto. Ressalto que não tendo sido apresentado os documentos durante a fiscalização, em se tratando de documentos de posse do requerente, os mesmos poderiam ter sido juntado por ele aos autos, e não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

Ressalto que ao contrário do que foi alegado, não há negativa de produção de prova, visto que o fato controverso refere-se a valores apurados e escriturados com base em documentos emitidos pelo próprio autuado e não se pode fazer uma avaliação técnica se os documentos fiscais não foram apresentados em nenhum momento da constituição deste lançamento. Portanto, não configura cerceamento de direito de defesa, nem nulidade do processo.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS referente a estorno de débito do imposto efetuado em desacordo com a legislação.

Na defesa apresentada o autuado alegou que os estornos de débitos efetuados se devem a cancelamento de notas fiscais, emissão em duplicidade, cobrança d-

tarifas em desacordo com o plano do usuário, consolidados nos relatórios de “notas fiscais canceladas, serviços contestados, OS/outras” em conformidade com o art. 93, VIII do RICMS/BA.

Por sua vez as autuantes contestam na informação fiscal dizendo que o autuado foi intimado durante a fiscalização para apresentar os documentos fiscais comprobatórios dos estornos de débitos escriturados e que a empresa não o fez, nem durante a fiscalização, nem no momento da apresentação da defesa.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- a) Foi acostado à fl. 19, CD no qual foram consolidados pelas autuantes os relatórios sobre “Serviços Contestados; Notas Fiscais Canceladas por faturamento indevido e OS outros”, cujos dados dos estornos dos débitos escriturados no livro de Registro de Apuração do ICMS compuseram o Anexo 1;
- b) Foram acostadas às fls. 7 a 13 diversas intimações, inclusive uma específica datada de 23/04/09 para que fossem apresentadas as notas fiscais dos documentos comprobatórios constantes do Anexo 1 relativo a “Contestações, Cancelamentos e OS Outras”;

Consta no CD juntado aos autos, que em atendimento a intimação a empresa apresentou explicações sobre os valores registrados no livro de apuração da empresa no campo de “Estorno de Débitos” com a denominação de Cancelamentos, Contestações e OS Outras, indicando situações em que o cliente contesta parte da conta e não paga; efetua o pagamento e contesta parte da conta e quando a empresa por iniciativa cancela a conta, bem como outros tipos de ajustes.

Por sua vez, conforme disposto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 e art. 569 do RICMS/BA.

Art. 569. (...)

- a) *Nas hipóteses de estorno de débito do imposto, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada, o seguinte procedimento:*
 1. *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:*
 - 1.1. *ao número, à data de emissão, ao valor total, à base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;*
 - 1.2. *ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondentes ao estorno;*
 - 1.3. *os motivos determinantes do estorno;*
 - 1.4. *a identificação do número do telefone para o qual foi refaturado o serviço, quando for o caso;*
 2. *com base no relatório interno de 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.*
- b) *O relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios.”*

Pelo exposto, conforme disposto na Cláusula Terceira, §3º, II do Convênio ICMS 39/01 com base no relatório interno a empresa deve emitir a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores devem ser iguais aos constantes do referido relatório, devidamente “acompanhado dos elementos comprobatórios” (§4º).

Tal procedimento se coaduna com o disposto no art. 112 do RICMS/BA o qual estabelece que “o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal”, tendo em vista que em se tratando de anulação de débito constante de documento fiscal, o mesmo deve ser feito por meio da emissão de outro documento fiscal. Dado a peculiaridade de que a maior parte das NFST serem emitidas contra não contribuintes do ICMS, o legislador criou a possibilidade de que uma vez constatado que o débito não corresponde a uma prestação de serviço efetiva (notas fiscais canceladas, Serviços Contestados e OS/Outros), seja estornado o débito mediante a emissão de NFST com base no 1 acompanhado dos elementos comprobatórios.

Na situação presente, o autuado recebeu da fiscalização um demonstrativo consolidando os valores registrados no seu livro RAICMS e mesmo sendo intimado não apresentou os documentos comprobatórios do lançamento constante do Anexo 1 (constante do CD) a exemplo do mês de janeiro/04 abaixo transcrito e cópia do Relatório das Notas Fiscais Canceladas por Faturamento Indevido (Cancelamento Conv. 39/2001):

Estornos de Débitos (007)	JANEIRO		
	BASE CÁLCULO	ICMS NORMAL	FUNDO POBREZA
Cancelamentos	384.437,19	96.109,30	7.688,74
Contestações	1.006.339,59	251.584,90	20.126,79
Os Outras	560.319,89	140.079,97	11.206,40
TOTAL		487.774,17	39.021,93

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Na situação presente, a legislação estabelece que os estornos de débitos devem ser feitos com base em relatórios e emissão de notas fiscais (NFST) e a simples apresentação do relatório não constitui prova suficiente da regularidade dos estornos procedidos. Ao recusar comprovar estorno de crédito escriturado com elemento probatório que dispõe importa em presunção de veracidade da acusação por parte do Fisco.

Pelo exposto, concluo que o autuado não apresentou qualquer prova no momento que foi fiscalizado para confirmar a regularidade dos estornos de débitos escriturados nos livros fiscais, nem juntou qualquer documento com a defesa para provar suas alegações, o que implica em simples negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração devidamente caracterizada.

Quanto ao argumento de que não ocorreu o fato gerador do ICMS - Comunicação e que cabe apenas uma multa de caráter acessório, não pode ser acolhido, tendo em vista que a empresa emitiu NFST relativo a serviços prestados, ocorreu o fato gerador e obrigação tributária principal do imposto, e o lançamento do estorno (crédito) como redutor do débito só é assegurado quando comprovada a inocorrência da prestação do serviço, fato que não foi comprovado pelo impugnante em sua defesa. Destaco que mesmo precluindo o direito de o impugnante apresentar provas nesta fase processual, poderá fazê-lo em momento posterior a este julgamento em fase de Recurso Voluntário (art. 123, §5º do RPAF/BA)

Face ao 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. 279468.0005/09-2, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.962.132,92** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR