

A. I. N.º - 279468.0010/10-0
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 01. 09. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-01/10

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou demonstrado nos autos que o contribuinte deixou de comprovar documentalmente os estornos efetuados, contrariando o disposto no art. 569 do RICMS/BA e na cláusula 4ª do Convênio ICMS 126/98, em face da adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS 123/05, o que tornou caracterizado o lançamento de ofício. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$2.796.619,93, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, nos meses de janeiro a novembro de 2005.

Consta que o contribuinte apresentou os relatórios e esclarecimentos sobre “Serviços Contestados”, “Notas Fiscais Canceladas por faturamento Indevido” e “OS Outras” (copiados no CD juntado ao processo), porém não apresentou nenhum documento comprobatório para suportar os motivos determinantes desses estornos de débitos, tais como:

- a) em caso de contestação dos clientes – apresentar todo o processo de contestação com as provas dos erros de faturamento ou falta de prestação do serviço;
- b) em caso de falha do sistema de faturamento – apresentar os procedimentos e relatórios internos que detectaram a falha, bem como a sua solução;
- c) em caso de fraude – apresentar processo de contestação e boletim de Ocorrência Policial e demais documentos que comprovem a existência de fraude;
- d) para OS Outras e demais casos a empresa deveria apresentar documentação comprobatória pertinente a cada caso.

Desse modo, o contribuinte deixou de observar o § 4º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98 e a alínea “b” do inciso III do art. 569 do RICMS/BA. A apresentação da documentação comprobatória para suportar os motivos determinantes do estorno de débito e/ou faturamento indevido é imprescindível para comprovar o direito aos créditos fiscais.

O contribuinte, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 22 a 36, aduzindo que, conforme a própria autuação reconhece, que os estornos de débitos decorreram do cancelamento de notas fiscais que haviam sido equivocadamente emitidas, sendo que as razões desses erros são diversas, como a emissão em duplicidade, a cobrança de serviços não prestados ou de tarifas em desacordo com o plano do usuário, etc.

Ressalta que a autuação não poderá prevalecer, uma vez que os estornos foram efetuados corretamente, sendo seu direito subjetivo creditar-se dos valores indevidamente recolhidos, não tendo o mero descumprimento de uma obrigação acessória o poder de obrigá-lo a pagar o valor exigido. Isto, porque os serviços relativos às notas fiscais canceladas não foram realizados, não sendo devido o ICMS sobre os mesmos, haja vista inexistir fato gerador do tributo.

Discorre sobre os artigos 150, § 4º e 173, inciso I do CTN, asseverando que ocorreu a decadência do crédito tributário referente às ocorrências anteriores a 05/04/2005, tendo em vista que foi intimado acerca da autuação em 05/04/2010, tendo transcorrido, portanto, mais de cinco anos dos fatos geradores anteriores àquela data. Afirmar ser entendimento pacífico no STJ [Superior Tribunal de Justiça], que quando ocorre pagamento antecipado do tributo, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, em conformidade com o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Nesse sentido, transcreve trechos das ementas relativas aos processos de nº.s 933.185/SC e 939.714/RS.

Ressalta que para se sustentar que não ocorrera pagamento parcial do imposto, portanto que a contagem seria de acordo com o art. 173, inciso I do CTN, seria necessário concluir que o impugnante não teria efetuado nenhum recolhimento de ICMS aos cofres baianos durante um ano. Como a acusação se refere ao estorno indevido de débito, a glosa desses estornos gerou recolhimento a menor de imposto.

Acrescenta que a inexistência de dolo, fraude ou simulação, além de não terem sido arguidos na autuação, resulta na conclusão pela aplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN, o que torna os débitos existentes até a data de 05/04/2005 extintos pela decadência.

Tratando sobre o direito à compensação pelo tributo indevidamente pago, aduz que em razão da enorme quantidade de faturas emitidas mensalmente e a complexidade de seus sistemas de cobrança (*biling*), se sujeita a determinados equívocos quando da cobrança dos valores devidos por seus milhões de clientes.

Realça que várias vezes podem ocorrer, por exemplo, cobranças de ligações não efetuadas pelos usuários do sistema de comunicações, valores em duplicidade ou o envio de faturas contendo o preço de serviços já cancelados/desativados na metade do mês. Em todos esses casos ocorreu cobrança por prestação de serviço que não ocorreu.

Desse modo, tendo sido emitida a nota fiscal de serviço, o impugnante apurou o ICMS a recolher de forma equivocada, uma vez que sobre os valores decorrentes de meros enganos do sistema não poderia haver tributação, desde quando não ocorrera a efetiva prestação onerosa do serviço, em conformidade com o art. 4º do RICMS/BA. E como o serviço de telecomunicação não foi realizado, não poderá cobrar os valores de seus usuários e, no caso de já ter emitido a fatura e recolhido o respectivo tributo, deverá proceder ao estorno posteriormente.

Enfatiza que foi exatamente isso o que aconteceu, tendo incorrido em erro ao recolher o imposto sem que tivesse prestado serviço que o ensejasse. Para melhor elucidar os fatos, descreve a terminologia contábil utilizada nas rubricas objeto de discussão:

notas fiscais canceladas – emite nota fiscal cobrando determinado serviço ao usuário, porém identificando posteriormente que o serviço não foi prestado, cancela a nota fiscal;

serviços contestados – a nota fiscal emitida contém erro, por cobrar por serviço não prestado ao usuário, que reclama ou contesta, resultando no cancelamento da nota fiscal. No primeiro caso o cancelamento se dá por iniciativa da empresa, porém neste depende da iniciativa do usuário;

OS/Outras – hipótese idêntica à das notas fiscais canceladas, mas oriunda de outro sistema.

Alega que, apesar de as empresas de telefonia terem sido submetidas a rigorosa para os casos de compensação de tributo indevidamente p

débito, ou seja, compensou o tributo indevidamente pago ao Estado da Bahia nos meses posteriores, e de acordo com as obrigações acessórias específicas, previstas no art. 569 do RICMS/BA. Frisa que apresentará na perícia, que desde já requer, os documentos contábeis comprobatórios da realização regular dos estornos de débito, uma vez que a análise de tais documentos depende de conhecimentos técnicos em contabilidade.

Ressalta que a cobrança do ICMS decorrente da glosa de estornos legalmente realizados é indevida, assim como a multa aplicada. Ressalva que, ainda que não exista a documentação completa para parte do período autuado, ainda assim subsiste o seu direito de efetuar o estorno do débito, que está expressamente previsto nos artigos 93, 112 e 113 do RICMS/BA, não podendo se tornar ineficaz, diante de pequenas irregularidades que não impeçam a identificação do indébito.

Assevera que existindo a possibilidade de verificação da legitimidade do estorno de débito, um eventual descumprimento de alguma obrigação acessória deve implicar tão-somente na aplicação da multa isolada e não da cobrança de imposto por serviço inexistente e equivocadamente faturado, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Observa que o objetivo do Convênio ICMS 126/98 foi facilitar o procedimento para que o contribuinte recupere seus indébitos, o que ocorre com razoável frequência.

Cita como amparo ao seu entendimento, que o CONSEF/BA julgou improcedente um Auto de Infração decorrente de estornos de débitos efetuados sem o cumprimento das formalidades previstas nos artigos 93, inciso VIII e 113 do RICMS/BA, conforme trecho do voto atinente ao Acórdão JJF nº. 1259/00. Destaca que, deste modo, o Estado da Bahia reconheceu o direito a outro contribuinte de se creditar do valor do ICMS recolhido a maior em virtude de erro.

Argumenta que o STJ decidiu que erro na valoração da base imponible significa a não ocorrência do fato gerador, autorizando o estorno do débito, de acordo com o processo nº. 770236/PB, cuja ementa transcreveu. Conclui que o estorno de débito efetuado é legítimo, de modo que o Auto de Infração deve ser cancelado, pois não se pode admitir que o Estado exija créditos tributários quando comprovadamente não ocorreu qualquer fato gerador do imposto.

Para alicerçar o seu pedido de perícia, alega que a produção de prova servirá para comprovar que o impugnante quitou integralmente os tributos exigidos e que os estornos dos débitos recolhidos indevidamente foram realizados nos parâmetros da lei.

Destaca que no processo administrativo aplicam-se os preceitos do devido processo legal, devendo ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, na forma prevista no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, desde quando no caso em tela os conhecimentos técnicos de um *expert* são imprescindíveis para demonstrar a correção dos estornos efetuados.

Indica como assistentes técnicos os Srs. Alexei Ribeiro Nunes, consultor tributário e Gleidiston de Almeida Castello Branco, contador, e apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos:

- 1 - os valores estornados correspondem a ICMS indevidamente recolhido pelo impugnante?
- 2 - quais os motivos do recolhimento indevido (e, conseqüentemente, do estorno)?
- 3 - os créditos decorrentes do recolhimento indevido são suficientes para quitar os valores da autuação?

Requer que a impugnação seja julgada procedente, reconhecendo-se a legitimidade dos estornos de débitos realizados, cancelando-se o Auto de Infração e extinguindo-se o crédito tributário. Reitera o pedido de realização de perícia e, por fim, solicita que todas as publicações sejam feitas em nome de Eduardo Fraga, OAB/BA nº. 10.658, sob pena de nulidade.

As autuantes prestaram informação fiscal às fls. 67 a 77, quando, nos autos, foram citados os artigos 150, § 4º do CTN; 28, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia e o art. 1º do RICMS/BA, argumentaram que a alegação de decadência não tem

lançamento corresponde ao exercício de 2005, teve o início dos trabalhos em 03/03/2009, sendo concluídos com a lavratura do Auto de Infração em 30/03/2010. Como a ciência do contribuinte se deu em 05/04/2010, foi obedecido o prazo previsto na Lei nº. 3.956/81 e no RICMS/BA.

Acrescentam que não lhes cabe discutir sobre entendimentos judiciais, desde quando, por responsabilidade funcional, devem obediência à legislação do Estado da Bahia.

Insurgem-se contra a afirmação do autuado de que a falta de apresentação dos documentos solicitados se referia tão-somente a um descumprimento de obrigação acessória, realçando que a autuação decorreu da glosa de créditos fiscais oriundos de diversos estornos de débitos efetuados sem a devida comprovação documental que lhes desse suporte, enquanto que os lançamentos dos débitos se originaram de valores extraídos dos livros Registro de Apuração do ICMS elaborados pelo contribuinte e incluídos no CD anexado à fl. 20.

Aduzem que a despeito das intimações entregues nesse sentido (fl. 07, 09 e 10), o contribuinte não apresentou os documentos solicitados, impossibilitando que a fiscalização validasse os valores lançados pelo impugnante, descaracterizando a alegação de mero descumprimento de obrigação acessória. Afiançam que lhes foram entregues apenas alguns arquivos magnéticos contendo relatórios internos relativos aos estornos efetuados, informações essas insuficientes para atestarem a veracidade dos valores creditados, uma vez que não se encontravam acompanhados dos correspondentes documentos fiscais obrigatórios.

Desta forma, tais valores não puderam ser validados, pelo simples motivo de que para atestar se o procedimento adotado pelo contribuinte atende às determinações estatuídas na legislação do Estado e Convênios, é imprescindível a apresentação dos documentos que suportaram os motivos determinantes dos estornos de débito. Frisam que passados mais de 150 dias da primeira intimação, sem que o contribuinte apresentasse nenhum tipo de documento comprobatório, não restou outra opção, senão a lavratura do Auto de Infração.

Refutam o entendimento defensivo de que o fisco estaria obrigado a referendar e acatar valores lançados a título de crédito, decorrentes de supostos equívocos nos seus sistemas de cobrança e ou faturamento, com a apresentação de um simples relatório contendo informações de documentos fiscais. Ressaltam que mesmo com base nos dispositivos legais citados pelo impugnante, não há como suas alegações prosperarem.

Descrevem os referidos dispositivos legais (artigos 97, 112, 113 e 569 do RICMS/BA e a cláusula terceira do Convênio ICMS nº. 126/98), ressaltando que o contribuinte deixou de atender ao quanto ali determinado, desde quando deixou de observar as obrigações acessórias, além de afirmar que mesmo inexistindo a documentação para parte do período autuado, ainda restaria o direito de efetuar o estorno do débito.

Realçam que o inciso VIII do art. 93 do RICMS/BA prevê as hipóteses de utilização do crédito fiscal referente a estornos de débitos efetuados na forma prescrita nos artigos 112 e 113 desse Regulamento. O Caput do art. 112 traz a condição em que pode ocorrer o estorno do débito, estabelecendo que somente será admitido quando não se referir a documento fiscal, de modo que, via de regra, o RICMS/BA não aceita o estorno de débito relativo a valores constantes em documento fiscal. O § 1º desse artigo dispõe 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, o que não é o caso aqui discutido.

Destacam que o Conv. 126/98 dispõe nos §§ 3º e 4º da cláusula terceira os procedimentos a serem adotados pelas empresas prestadoras de serviço de telecomunicação, no caso de estornos de débito. Analisando conjuntamente o caput do art. 112 do RICMS/BA, os §§ 3º e

569, inciso III, item 2, alínea “b” do RICMS/BA, fica evidenciado que as alegações da defesa não podem prosperar.

Complementam que na hipótese inconcebível de se acatar, contrariando o RICMS/BA, a realização de estorno de débito de valores constantes em documento fiscal, o impugnante seria obrigado a cumprir com os procedimentos exigidos nos §§ 3º e 4º do citado Convênio e no inciso III do art. 569 do RICMS/BA, o que não aconteceu, uma vez que não foi entregue nenhum documento comprobatório que desse suporte aos valores lançados, a título de crédito, nos livros fiscais de apuração do tributo. Lembram que o próprio autuado reconheceu que iria apresentar, oportunamente, os documentos contábeis para comprovar a realização dos estornos de débito.

Manifestam-se contrárias ao pedido de perícia, pois a solicitação é descabida, não encontrando nenhum amparo legal no art. 147, inciso II, alínea “c” do RPAF/BA.

Reiteram que foram infrutíferas as tentativas do fisco para que a empresa justificasse, com os documentos fiscais comprobatórios exigidos pelo RICMS/BA e Convênios, os estornos de débitos efetuados, e apesar de também ter sido intimado para apresentar a sua escrita contábil (fl. 07), informou na correspondência anexada à fl. 66 que a escrita contábil é centralizada, não tendo como fornecer as informações solicitadas. Assim, a solicitação de perícia torna-se incabível, pois sem a apresentação da documentação correspondente, não há como se realizar o trabalho.

Tendo em vista que a perícia tem força de prova, apresentam as seguintes indagações:

- 1) sem documento comprobatório e sem escrita contábil os peritos podem opinar sobre a regularidade dos estornos ou responder questões?
- 2) diante de tamanha falta de elementos concretos, como pode a perícia lastrear o julgamento?
- 3) como pode executar seu trabalho sem provas inequívocas, plenas e totalmente confiáveis?
- 4) sem elementos comprobatórios, como podem afirmar com toda certeza que os estornos de débitos referem-se a equívocos ocorridos por faturamento indevido ou inadimplência de clientes?

Entendem que se o impugnante realmente tivesse a intenção de comprovar a veracidade dos estornos de débitos bastava anexar a documentação fiscal comprobatória, que seria analisada e, se fosse o caso, teria sido acatada, percebendo-se o seu intuito meramente procrastinatório.

Concluem restar evidenciado que são totalmente incabíveis tanto o pedido de cancelamento do Auto de Infração, quanto de realização de perícia contábil. Sugerem que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

Não vislumbro a existência de cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as regras contidas nos artigos 39 e 41 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em demonstrativos, cujos dados foram extraídos dos livros fiscais do sujeito passivo, tendo sido determinados, com segurança, a infração e o infrator. Além do que, o autuado exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

O autuado alegou que deveria ser declarada a extinção do crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos até 05/04/2005, data em que tomou ciência do Auto de Infração, sob a argumentação de que os mesmos se encontravam alcançados pela decadência.

Observo que essa argumentação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública d

art. 173, inciso I do CTN (Código Tributário Nacional), que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (1º de janeiro a 05 de abril de 2005) se iniciou em 01/01/2006, com prazo final em 31/12/2010. Como a ação fiscal se iniciou em 03/03/2009, data de emissão do primeiro Termo de Intimação e o lançamento ocorreu em 30/03/2010, não há o que se falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto que tem sido este o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Nelson Antonio Daiha Filho:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto 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, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito – dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador.

Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que as autuantes, de posse dos livros fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, fizeram o levantamento dos valores dos estornos de débito que entenderam ter sido estornados indevidamente, procedimento este que considero plenamente aplicável à presente situação. Ademais, na formulação do pedido não foi devidamente fundamentada a necessidade de sua realização, mesmo porque, a despeito de ter sido intimado reiteradas vezes a apresentar a documentação comprobatória da regularidade do procedimento adotado, o contribuinte não apresentou durante a ação fiscal e nem acostou à sua impugnação tais elementos que necessariamente deveria disponibilizar. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/99.

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas encaminhadas ao subscritor da peça defensiva, ressalto nada obstar (

que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Saliento, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

O autuado aventou a possibilidade de a exigência do imposto e a multa aplicada terem caráter meramente arrecadatório, sob a alegação de que estaria sujeito apenas a uma multa por descumprimento de obrigação acessória. Ressalto que a exigência fiscal está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbrando qualquer violação a nenhum dos princípios constitucionais, não existindo, tampouco, o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual. Ademais, a multa sugerida encontra-se em conformidade com previsão expressa na Lei nº 7014/96.

A exigência tributária atinente ao presente Auto de Infração decorreu do fato de o sujeito passivo ter efetuado o estorno de débito fiscal do ICMS, relativo a serviços de comunicação, em desacordo com a legislação tributária relativa a esse imposto.

O contribuinte impugnou a autuação, argumentando que os estornos que geraram o lançamento haviam decorrido do cancelamento de notas fiscais que tinham sido equivocadamente emitidas, por diversas razões, a exemplo de cobranças de ligações não efetuadas pelos usuários do sistema de comunicações, valores em duplicidade ou o envio de faturas contendo o preço de serviços já cancelados/desativados no decorrer do mês e que em todos esses casos teria havido cobrança por prestação de serviço não realizado. Acrescentou que os estornos foram efetuados de forma correta, tendo direito de creditar-se dos valores indevidamente recolhidos, não podendo ser obrigado a pagar o valor exigido, desde quando os serviços concernentes às notas fiscais canceladas não teriam sido realizados, não tendo existido, assim, fato gerador do tributo.

A despeito de o autuado ter afirmado que os procedimentos que adotou ao efetuar os estornos de débitos estariam em conformidade com os dispositivos citados no Auto de Infração, constato que o enquadramento indicado pelas autuantes tem perfeita pertinência com os fatos descritos na autuação, resultando no acerto da exigência fiscal aqui em discussão. Afirmo isto, porque está plenamente comprovado que ao efetuar os mencionados estornos, o autuado descumpriu uma exigência da legislação tributária pertinente à matéria, consubstanciada nos artigos 97, 112, 113 e 569 do RICMS/BA (Decreto nº. 6.248/97), e na cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98.

Assim é que, enquanto os artigos 97, 112 e 113 do RICMS/BA trazem as orientações e determinações atinentes à compensação relativa ao estorno de débitos recolhidos indevidamente, o art. 569 do RICMS/BA e a cláusula terceira do referido Convênio estabelecem os procedimentos obrigatórios a serem seguidos por parte dos contribuintes, para efetivarem aqueles estornos.

Deste modo, no período compreendido pela autuação, para documentar o registro do estorno de débito processado pelo contribuinte era exigida a elaboração de relatório específico por período de apuração e consolidado, além da emissão de nota fiscal de serviço de telecomunicações - NFST ou nota fiscal de serviço de comunicação - NFSC, para documentar o registro do estorno dos débitos, cujos valores deveriam ser iguais aos constantes do referido relatório. Além disso, fazia-se necessário que o contribuinte disponibilizasse todos os documentos comprobatórios dos lançamentos efetuados. Para um melhor entendimento, transcrevo abaixo os mencionados dispositivos:

RICMS/BA:

“**Art. 569.** As empresas de telecomunicações relacionadas no Anexo Único do Convênio ICMS 126/98 adotarão regime especial de tributação do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de telecomunicações, nos seguintes termos (Conv. ICMS 126/98 e 3

...

III - serão considerados, para a apuração do imposto referente às prestações e operações, os documentos fiscais emitidos durante o período de apuração Conv. ICMS 126/98 e 30/99);

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 guarda dos documentos fiscais, contendo, no mínimo, as informações referentes: 1.1. 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; 1.2. ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondente 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 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. b) o relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios (Conv. ICMS 39/01); (efeitos a partir de 12/07/01 - Alteração nº 26)”

CONVÊNIO ICMS Nº. 126/98:

“**Cláusula terceira** O imposto devido por todos os estabelecimentos da empresa de telecomunicação será apurado e recolhido por meio de um só documento de arrecadação, obedecidos os demais requisitos quanto à forma e prazos previstos na legislação pertinente da unidade federada de sua localização, ressalvadas as hipóteses em que é exigido o recolhimento do imposto de forma especial.

§ 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, à base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) ou da Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (NFSC) 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) ou Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (NFSC), para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores serão iguais aos constantes no referido relatório.

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.”

Restou evidenciado, desta forma, que o autuado promoveu o estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação tributária vigente à época dos fatos, o que demonstra que assiste razão às autuantes, pois procederam corretamente ao lançamento, ante a constatação de estorno de débito fiscal de ICMS em desacordo com as exigências previstas nos dispositivos regulamentares e no Convênio acima indicados.

Convém ressaltar que apesar de ter afirmado que através da perícia solicitada seria constatado que o procedimento por ele adotado estaria correto, o contribuinte não apresentou os elementos necessários a amparar seus argumentos. Destaco que o impugnante deixou de atender intimações que lhe foram apresentadas pelas autuantes nesse sentido e mesmo em sua peça impugnatória não trouxe sequer um documento, mesmo por amostragem, que justificasse os estornos de débitos efetuados. Vale lembrar que o impugnante salientara que ainda que não existisse a documentação completa para comprovar os estornos, ainda assim teria direito de. Ademais, ao ser intimado para apresentar a sua escrita contá

correspondência à fl. 66 que não poderia atender ao pedido da fiscalização, porque no período em questão a sua escrita contábil era centralizada.

No que concerne à decisão emanada da 4ª JJF deste CONSEF (Acórdão nº. 1259/00), utilizada pelo autuado visando reforçar a sua tese de que tem direito de se creditar do ICMS recolhido a maior, saliento que naquele caso o relator ressaltou estar demonstrada nos autos a existência do imposto anteriormente pago indevidamente, o que não ocorreu no presente processo, haja vista que não foram carreadas as provas quanto à legalidade do estorno realizado pelo autuado.

Concluo, deste modo, que ficou patente nos autos o cometimento pelo autuado da infração que lhe foi imputada, desde quando não cumpriu as exigências legais pertinentes ao estorno de débito fiscal. De igual modo, constato que a multa proposta encontra amparo no art. 42 da Lei nº. 7.014/96.

Diante do exposto, voto 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. **279468.0010/10-0**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.796.619,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR