

**A. I. Nº** - 274068.0001/10-1  
**AUTUADO** - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTES** - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA, EDINALDO AVELINO DE PAIVA, PAULO  
ROBERTO CAMPOS MATOS e CARLOS ALBERTO BARRETO MIRANDA  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 28. 12. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JF Nº 0404-01/10

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não comprovou com elementos hábeis de prova a legitimidade do estorno de débito realizado, mesmo tendo diversas oportunidades para tanto, inclusive, com a diligência requerida cuja realização foi deferida por esta Junta de Julgamento Fiscal. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/03/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 4.620.538,11, acrescido da multa de 60%, em decorrência de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro a junho de 2005. Consta que o contribuinte efetuou lançamento de estorno de débito, no campo outros créditos do livro Registro de Apuração como “AJUSTE DE TELECOM – CONVÊNIO 39/2001”, sem a devida comprovação. Consta, ainda, que o contribuinte foi intimado a apresentar os elementos comprobatórios determinado no § 4º da cláusula terceira do Convênio nº. 126/98, sobre os referidos estornos, contudo, até a data da lavratura, nenhum documento comprobatório foi apresentado. Há também o registro que se aplicam os arts. 39,§3º do RPAF/BA, 138-B, II do RICMS/BA e cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98.

Através de advogados legalmente constituídos a Claro S/A, na qualidade de sucessora por incorporação da empresa autuada Stemar Telecomunicações Ltda., apresentou defesa às fls. 102 a 121, esclarecendo que se trata de pessoa jurídica de direito privado que tem por objeto social a implantação, operação e prestação de serviços de telecomunicações no Brasil e no Exterior, de acordo com os termos da concessão que lhe foi outorgada, mantendo-se sempre em situação regular junto aos Fiscos Federal, Estadual e Municipal.

Diz que foi surpreendido pela autuação, na qual restou apontado que incorreu na infração descrita no Auto de Infração, cujos débitos de ICMS são relativos aos períodos de janeiro a junho de 2005, porém, que a parcela desses supostos débitos, referente ao período de 01/01/2005 a 15/03/2005 não é devida, pois já se encontra extinta em razão da homologação tácita e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar. Acrescenta que a exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração é totalmente descabida, uma vez que os estornos de débitos foram realizados com amparo em documentos hábeis à comprovação de sua origem.

Ressalta que o valor exigido mediante o Auto de Infração encontra-se extinto, em virtude da decadência ou da homologação tácita do lançamento para parte do período autuado, conforme diz demonstrará.

Invoca o artigo 156, incisos V e VII do CTN, reproduzindo-o, para salientar que dentre as hipóteses de extinção de débitos fiscais, estão a decadência e o pagamento antecipado com a posterior homologação do lançamento.

Cita e transcreve também o artigo 150, §§ 1º e 4º do CTN, que dispõe sobre o lançamento por homologação, para afirmar que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Diz que da interpretação conjunta das disposições do art. 156, inciso VII e art. 150, §§ 1º e 4º, tem-se que o pagamento antecipado acompanhado de sua posterior homologação é causa extintiva da obrigação tributária. Acrescenta que nos termos do art. 150, caput do CTN, a homologação do lançamento é realizada expressamente pela autoridade administrativa, porém, nas hipóteses em que houver pagamento antecipado, na forma do art. 150, §4º, essa homologação ocorre tacitamente com o decurso do prazo de 05(cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sem que o Fisco tenha se pronunciado.

Frisa que, a partir da interpretação do art. 156, inciso V c/c o art. 150, §4º do CTN, extrai-se outra causa de extinção da obrigação tributária que é a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nas hipóteses em que a legislação tributária atribui ao próprio contribuinte o dever de lançar, ou seja, realizar o denominado lançamento por homologação. Diz que, neste caso, uma vez decorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sem que o Fisco tenha se pronunciado a respeito de eventuais diferenças relacionadas ao lançamento por homologação realizado pelo contribuinte, é tido por extinto eventual débito fiscal que posteriormente vier a ser lançado. Ou seja, com relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o contribuinte deve apresentar as declarações relativas à sua apuração ao Fisco e efetuar o recolhimento do valor correspondente, sendo que, o Fisco terá, então, o prazo de 5 (cinco) anos contados do fato gerador para homologar o recolhimento efetuado e, na hipótese de não o fazer expressamente, a homologação se opera de forma tácita ao final do mencionado prazo, conforme o art. 156, VII c/c art. 150, §§ 1º e 4º do CTN. Observa que no caso de o Fisco discordar do lançamento realizado pelo contribuinte, terá o prazo de 5 (cinco) anos contados do fato gerador para constituir os valores que entender devidos, sob pena de decadência desse seu direito, em conformidade com o art. 156, V c/c art. 150, § 4º do CTN.

Salienta que os prazos relativos a ambas as causas extintivas da obrigação tributária são de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador e correm de forma concomitante. Assim, ao término do referido prazo sem qualquer atuação da fiscalização, o débito fiscal é extinto em razão do pagamento antecipado acompanhado da homologação tácita do lançamento realizado pelo contribuinte, conforme estabelece o artigo 156, inciso VII, ou o débito fiscal que vier a ser lançado pela fiscalização é tido como extinto por força da decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, inciso V do CTN.

Reitera que em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, cabe ao Fisco, no prazo de 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, adotar as providências necessárias à cobrança de eventuais diferenças que entender devidas e não recolhidas pelos contribuintes, e caso ultrapassado esse prazo, sem pronunciamento algum por parte do Fisco, não há mais que se falar em obrigação tributária e, portanto, em débito fiscal passível de ser exigido.

Assevera que no presente caso, apurou o imposto, entregou as competentes declarações à autoridade fiscal e efetuou o recolhimento dos valores apurados, contudo, não fiscal no prazo previsto na legislação vigente, sendo que apenas após

houve a autuação, todavia, os débitos tributários a que se refere o lançamento estavam extintos. Evoca e transcreve lições de Sacha Calmon Navarro Coêlho, nesse sentido.

Sustenta que houve a extinção de parte dos débitos exigidos no Auto de Infração em lide, em razão do decurso do mencionado prazo de 5 (cinco) anos contados da data de ocorrência dos respectivos fatos geradores, tendo ocorrido a decadência do direito do Fisco de lançar eventuais débitos fiscais em relação ao período de apuração compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 15 de março de 2005.

Diz que, de acordo com o artigo 129-A do Código Tributário da Bahia -Lei Estadual nº 3.956/81, cujo teor reproduz, cabe aos contribuintes a realização do ato de constituição dos débitos de ICMS, atividade esta que fica sujeita a posterior homologação pela autoridade administrativa competente, motivo pelo qual em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2004, cumpriu as obrigações acessórias a que está obrigado, constituindo, dessa forma, os débitos de ICMS devidos nos mencionados períodos de apuração, bem como efetuou o pagamento dos respectivos valores, o que caracterizou a hipótese de pagamento antecipado sujeito à ulterior homologação pela autoridade administrativa competente.

Salienta que, em que pese o Código Tributário da Bahia (Lei Estadual nº 3.956/81) dispor, em seu artigo 28, § 1º, que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento *“após 5 (cinco) anos, contados a partir do 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte”*, este prazo não pode ser validamente aplicado no caso em tela, na medida em que extrapola os limites previstos pelo mencionado artigo 150, § 4º do CTN, com a indevida extensão do prazo máximo concedido à Fazenda Pública para realizar a homologação em comento. Acrescenta que a aplicação do prazo previsto no artigo 150, §4º decorre do fato de o ICMS estar sujeito ao lançamento por homologação, de modo que se a própria legislação baiana contém disposição expressa nesse sentido, não há razões que sustentem outra forma de contagem para o prazo em questão. Frisa que o termo *a quo* para contagem tanto do prazo de decadência quanto de homologação do pagamento é a data da ocorrência do fato gerador, transcrevendo lições de Eurico Marcos Diniz de Santi e Hugo de Brito Machado, para reforçar os seus argumentos.

Diz que o termo *ad quem* para se aferir a ocorrência da decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário se dá com a Notificação do Lançamento Tributário, que não se confunde com o início do procedimento de fiscalização tendente a apurar a ocorrência do fato jurídico ou com a data da lavratura do Auto de Infração, desse modo, tendo ocorrido a ciência da autuação fiscal em 16 de março de 2010, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo aos supostos débitos de ICMS no período compreendido entre 1º de janeiro de 2005 e 15 de março de 2005, em virtude da decadência ou da homologação tácita destes, já que ultrapassado o prazo de cinco anos.

Afirma que, deve ser cancelado o Auto de Infração, uma vez que, à luz da legislação vigente, os débitos fiscais relativos a esse período estão extintos.

Prosseguindo, reporta-se sobre o procedimento para contestação e cancelamento de débitos relativos aos serviços de telecomunicação prestados e o respectivo estorno de débitos relativos ao ICMS.

Diz que é pessoa jurídica prestadora de serviços de telecomunicação na modalidade de telefonia móvel em diversos Estados do território nacional, inclusive o Estado da Bahia, nos termos das concessões que lhe foram outorgadas, e por ocasião da prestação dos referidos serviços, está obrigada à emissão de Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST), na qual deve descrever o serviço prestado, seu valor respectivo e destacar o valor do ICMS correspondente. Acrescenta que, sendo empresa prestadora de serviços de telecomunicação, está sujeita à fiscalização e às normas regulamentadoras expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, inclusive o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, anexo à Resolução nº 316/2007.

Consigna que, nos termos do artigo 60 do referido Regulamento, c

recebida a NFST, o consumidor tem o direito de questionar os va

contestar a exigência na forma escrita, verbal ou por qualquer meio de comunicação à distância. Assim, após o recebimento da reclamação do usuário, cabe-lhe analisar, sendo que, na hipótese de a reclamação do consumidor ser procedente, principalmente em razão de o serviço de telecomunicação descrito na NFST não ter sido efetivamente prestado para o usuário nela indicado, realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente; procede ao estorno do débito de ICMS destacado na NFST e recolhido aos cofres públicos, com a respectiva emissão da NFST que documenta o estorno do débito e o registro das informações previstas no Convênio ICMS nº 39/01 em relatório interno.

Observa que o referido procedimento é validamente adotado, conforme se pode denotar dos arquivos eletrônicos anexos (doc. 02).

Salienta que os valores estornados a título de ICMS têm origem nas reclamações realizadas por seus clientes provenientes de diversas situações rotineiras, entre as quais cobrança de serviços em duplicidade, cobrança sem a correspondente prestação de serviços, cobrança de serviços não contratados etc., não configurando essas situações hipótese de incidência do ICMS, como diz passa a demonstrar.

Sobre a possibilidade de estorno de débitos referentes às situações que não configuram hipótese de incidência do imposto, diz que o artigo 155, da Constituição Federal outorga aos Estados e ao Distrito Federal competência para a instituição do ICMS, portanto, compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto que tenha como fato gerador a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. Já com relação aos demais serviços, a Constituição Federal outorga competência tributária para os Municípios de acordo com o artigo 156, inciso III.

Salienta que, como imperativo do artigo 146, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, que exige que os fatos geradores dos impostos previstos na Constituição Federal estejam previstos em lei complementar, foi editada a Lei Complementar 87/96, cuja previsão se encontra nos seus artigos 2º, inciso III e 12, inciso VII, conforme transcreve.

Aduz que, tendo em vista a rígida repartição constitucional de competências no que se refere à instituição de tributos, é de suma importância a precisa definição dos conceitos a que se refere o constituinte, a fim de que os entes federativos não invadam a esfera de competência atribuída a outros entes ou até mesmo criem tributos incidentes sobre situações cuja tributação não é permitida pelo texto constitucional, ou seja, os entes federativos não podem instituir tributação por meio de ICMS sobre situações que não configuram fatos geradores do imposto, conforme previsão, em abstrato, da norma constitucional. Cita e transcreve lição de Roque Carrazza, para sustentar que resta bem claro que há incidência do ICMS somente diante de uma prestação de um serviço de comunicação, o que ocorre quando um terceiro fornece, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagem. Assim, fora de tal hipótese, não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal.

Registra que, conforme demonstrado acima, de acordo com o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal editado pela ANATEL, o usuário do serviço de telecomunicação tem direito ao questionamento dos serviços faturados, que, após apurar os fatos através de procedimento interno, verifica se a contestação é procedente. Uma vez comprovado que não houve a prestação do serviço por erro apresentado no sistema, chega-se à conclusão de que os valores pagos a título de ICMS sobre os serviços não prestados foram indevidamente recolhidos.

Ressalta que, se não houve prestação do serviço de comunicação, não há que se falar em recolhimento do ICMS, já que constatada a não ocorrência do fato gerador do imposto.

Afirma que, para a incidência do ICMS, torna-se necessária a conjugação efetiva prestação de serviço de comunicação e (ii) a onerosidade da relação.

Frisa que a prestação de serviço de comunicação classifica-se como espécie de negócio jurídico e, como tal, está sujeita à observância de todo o regramento previsto pelo Código Civil para sua perfeita existência, validade e eficácia. Evoca e transcreve conceituação de Caio Mário da Silva Pereira sobre negócio jurídico.

Consigna que no caso da prestação dos serviços que constituem o seu objeto social, deve haver um acordo de vontades entre o usuário dos serviços de telecomunicação e a Defendente com o intuito de que seja possibilitada a comunicação entre usuário e terceiros, mediante o pagamento de uma contraprestação de caráter pecuniário.

Diz que o acordo de vontades é requisito imprescindível à caracterização do negócio jurídico, sem o qual se reputa inexistente o negócio jurídico, conforme assevera Sílvio de Salvo Venosa, cujo texto reproduz.

Observa que no presente caso, os valores de ICMS estornados têm diversas origens, entre as quais a emissão em duplicidade de notas fiscais, a ausência de prestação de serviços para o cliente indicado nas notas fiscais, entre outras.

Ressalta que inexistente prestação de serviços de telecomunicação ao cliente indicado nas notas fiscais, na medida em que inexistente o acordo de vontade entre ele e a Defendente. Ou seja, o cliente não desejou realizar a chamada telefônica descrita na nota fiscal emitida, fator este que implica o reconhecimento da inexistência da prestação de serviços de telecomunicação.

Destaca que, ausente o acordo de vontades entre Defendente e cliente, não há que se falar em negócio jurídico consistente na prestação de serviços de telecomunicação, tampouco em incidência do ICMS, o que legitima o estorno dos valores de ICMS recolhidos indevidamente pela Defendente.

Aduz que, se por hipótese, for considerado como existente o negócio jurídico consistente na prestação de serviços de telecomunicação ao seu cliente que contestou os valores constantes da NFST, não há onerosidade na referida prestação, o que igualmente acarreta a não-incidência do ICMS.

Realça que constitui elemento imprescindível à incidência do ICMS que a prestação de serviços de telecomunicação seja onerosa, pois sem a onerosidade, não seria possível mensurar a medida da prestação do serviço, aniquilando a própria base de cálculo do imposto. Invoca e transcreve lição de José Eduardo Soares de Melo, nesse sentido.

Reitera que, por determinação da ANATEL, órgão regulador do setor de telecomunicações, e, especificamente no seu caso, pelas disposições da Resolução nº 316/2002, que instituiu o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, o consumidor de serviços de telefonia móvel tem o direito de questionar os valores lançados contra ele. Esclarece que, após comunicação da reclamação realizada pelo consumidor, passa à análise de suas razões, sendo que, em caso de procedência da contestação do consumidor, realiza a devolução dos valores pagos de forma indevida, procedendo ao estorno do débito do ICMS.

Cita como exemplo as contas telefônicas relativas às Notas Fiscais nºs 5242, 188, 296 e 3165 (docs. 03, 05, 07 e 09) nas quais foram indevidamente cobrados valores a título de serviços de telecomunicação, bem como as correspondentes contas telefônicas relativas às Notas Fiscais nºs 614, 188, 317 e 661 (docs. 04, 06, 08 e 10), as quais foram emitidas posteriormente, com a concessão de créditos aos seus clientes, de modo a neutralizar os valores anteriormente cobrados de forma indevida. Acrescenta que, a partir dessas contas telefônicas, as quais constam do relatório interno (doc. 02), resta evidente que os estornos de débitos efetuados tiveram origem no faturamento indevido realizado.

Diz que se percebe, desse modo, que, na hipótese de se constatar a telecomunicação, devolve aos clientes os valores que não correspondem de serviços de telecomunicação e, por essa razão, promove o estor



ICMS registrados em sua escrita fiscal. Assim, não há onerosidade nos serviços prestados e que, por algum motivo, deram ensejo ao cancelamento da NFST e, conseqüentemente, ao estorno do débito do ICMS, uma vez que não é cobrado qualquer valor do consumidor em face do qual foi originalmente realizada a cobrança de chamada telefônica.

Sintetiza os seus argumentos, afirmando que, seja pelo fato de inexistir prestação de serviços de telecomunicação, por ausência de acordo de vontades entre cliente e Defendente, seja por não restar caracterizada a onerosidade nos serviços indicados nas NFSTs, não há a incidência de ICMS sobre os serviços que ensejaram o estorno de débitos realizados. Cita e transcreve sobre o tema artigo da lavra de André Mendes Moreira, publicado na Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários (APET), ao tratar da hipótese de fraude que dá origem à prestação de serviço de comunicação, também defende a não incidência do ICMS em razão de vício no negócio jurídico e na ausência de onerosidade na prestação.

Destaca que dentre os valores estornados foram apontados valores cobrados indevidamente de seus clientes por motivos diversos, a exemplo, de ocorrência de clonagens e faturamentos em duplicidade, dentre outros.

Reportando-se sobre a clonagem esclarece que os valores indevidamente faturados contra seus clientes são estornados, assim como os débitos de ICMS correspondentes, uma vez que não houve efetiva prestação de serviço de comunicação que justifique a incidência do imposto estadual.

Com relação aos casos de faturamento em duplicidade, diz que os valores cobrados de forma indevida são igualmente estornados, restando apenas os valores relativos aos serviços efetivamente prestados.

Afirma que, se não recebe os valores oriundos do faturamento indevido, nada mais acertado do que se permitir os estornos dos débitos de ICMS correspondentes, exatamente nos termos do que autoriza o §3º da Cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, desde que seja observado o procedimento previsto para tanto, conforme observou.

Assevera que a manutenção dos débitos de ICMS relativos a tais situações é descabida, quer pela inoccorrência da prestação do serviço que autoriza a incidência do ICMS, como ocorre nos casos de cobrança em duplicidade, por exemplo, quer pela ausência de onerosidade, nos casos de fraude.

Protesta pela conversão do processo em diligência, caso se entenda que os documentos apresentados não são suficientes à comprovação da origem dos estornos de débitos de ICMS realizados, com sua intimação para a apresentação dos documentos adicionais que se fizerem necessários.

Conclui afirmando que deve ser reconhecido o seu direito ao estorno de débitos do ICMS relativamente aos serviços não prestados ou despidos do caráter de onerosidade, cancelando-se a exigência fiscal.

Continuando, alega a existência de ilegalidade da exigência da multa aplicada por supostas infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., afirmando que a referida empresa ainda desempenhava suas atividades, antes de ser sucedida por BCP S/A, antiga denominação social da Claro S/A. Diz que, considerando que os períodos autuados estão compreendidos entre janeiro a junho de 2005, resta nítido que os supostos créditos tributários decorrem de período anterior à ocorrência da incorporação da empresa sucedida por parte da empresa sucessora (Doc. 01), o que ocorreu em 31 de dezembro de 2005.

Invoca e transcreve o art. 132 do Código Tributário Nacional, que trata da responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, para afirmar que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos, que não se confundem com multas, uma vez que estas necessariamente decorrem de ato ilícito, sendo cediço, nos termos do artigo 3º do Código Tributário a exigência de tributo como sanção de ato ilícito.

Sustenta que não há que se falar na exigência de multa contra suposta infração que não praticou, inclusive porque se trata de exigência de caráter sancionatório pessoal e subjetivo. Invoca nesse sentido a jurisprudência tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, citando e transcrevendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ocasião de julgamento unânime do Recurso de Apelação nº 9001001017, DJ 12/12/1991; do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento também unânime do Recurso de Apelação nº 538302, DJ 15/09/2004; do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no Acórdão 103-19683, Acórdão 101-93579, Acórdão 103-20948, Acórdão 103-20172, Acórdão 101-92734.

Afirma que deve ser cancelada a multa que está lhe sendo imposta, concernente às infrações ocorridas até 31 de dezembro de 2005, praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., por estar flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, uma vez que sua exigência viola expressamente o artigo 3º e o artigo 132 do Código Tributário Nacional, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Conclui a sua peça impugnatória requerendo que seja dado integral provimento à defesa, para que seja cancelado o Auto de Infração, em razão da extinção de parte do crédito tributário, nos termos do art. 156, V e VII do CTN e da manifesta improcedência da exigência fiscal, pela regularidade dos estornos de débitos de ICMS realizados.

Requer, ainda, que seja afastada a aplicação da multa, uma vez que se refere a supostas infrações praticadas pela empresa Stemar Telecomunicações Ltda.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, assim como pela realização de diligência.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira Reis Advogados S/C, com endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 382 a 387, na qual contestam o argumento defensivo referente à extinção do crédito tributário, afirmando que não tem cabimento a alegação do autuado de que os créditos existentes até a data de 15/03/2005 encontram-se extintos, pois o Estado da Bahia estipula prazo de homologação, no art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81 e também no art. 965 do RICMS/BA, cujos textos reproduzem.

Salientam que efetuaram o lançamento de ofício referente a operações registradas no exercício de 2005, período de janeiro a junho, sendo os trabalhos de fiscalização concluídos em 12/03/2010, portanto, dentro do prazo previsto no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e RICMS-BA.

Sustentam que a interpretação do impugnante de que o prazo estabelecido no art. 28, § 1º da Lei 3.956/81 (COTEB) não pode ser validamente aplicado no caso em tela, na medida em que extrapola os limites previstos pelo art. 150, §4º do CTN, com a indevida extensão do prazo máximo concedido à Fazenda Pública para realizar a homologação não pode prosperar, pois a redação do art. 150, § 4º do CTN não faz referência a prazo máximo. Acrescentam que este artigo refere-se a prazo quando da inexistência de leis que fixem um novo prazo, o que não é o caso do Estado da Bahia, onde foi fixado o prazo de 5 anos a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, quando se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Com relação ao argumento defensivo referente ao procedimento para contestação e cancelamento de débitos relativos aos serviços de telecomunicações prestados e o respectivo estorno de débitos relativos ao ICMS, observam que, em tese, o procedimento do impugnante está inicialmente correto, porém, para fazer realmente jus ao estorno de débito, ele deve cor

Dizem que se o cliente do defendente fez a reclamação deve existir

protocolo de atendimento e isto não foi informado. Afirmam ainda que se a defendente realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente, cabe-lhe provar esta devolução, o que somente só foi feito para 04 casos que, segundo dizem, serão analisados adiante.

Observam que o contribuinte foi intimado para apresentar a documentação comprobatória definida no § 4º da cláusula 3ª do Convênio ICMS 126/98, conforme intimações de 26/02/10, 03/03/10 e 09/03/10 (fls. 06 a 10), porém, não atendeu, no prazo da legislação tributária do Estado da Bahia, as referidas intimações, portanto, não tendo comprovado o direito ao estorno de débito o Auto de Infração foi lavrado.

Prosseguindo, dizem que na defesa apresentada o impugnante trouxe as notas fiscais faturas de serviço de telecomunicação (doc. 03, fls. 10, 151 a 377) que são exemplo de apenas um dos 18 motivos elencados no relatório, que é o caso de suposta fraude. Registram que, no relatório (anexo 2) os clientes destas notas fiscais faturas de serviço de telecomunicação totalizam R\$ 26.539,48 em estorno de débito de um total do item de fraude de R\$ 3.903.297,92, ou seja, 0,0068%, portanto, amostra não representativa em relação ao total. Acrescentam que, em se tratando de fraude, deveria o autuado apresentar as queixas dos clientes, conforme explicitado no esclarecimento solicitado pelo impugnante (fls. 08/09), contudo, estas queixas não foram apresentadas.

Observam que os valores lançados como créditos nas faturas apresentadas pelo impugnante correspondem ao total da fatura e que constataram que nestas faturas os clientes têm até três aparelhos. Questionam: *“Como é possível fraudar todas as ligações em todos aparelhos de um mesmo cliente ao mesmo tempo?”*

Consigam que ao analisarem as Notas Fiscais Faturas dos clientes Marilton (doc. 03) e Osmário (doc. 09), constataram que existe ligação de um aparelho do cliente para outro aparelho do próprio cliente, sendo que, após a correção da suposta fraude, estes clientes continuaram utilizando o mesmo número de telefone (docs. 04 e 10), então nas faturas anteriores deveria ter serviços de comunicação realmente utilizados pelos clientes. Concluem que nem todas as operações são de fraude, tendo existido realmente a prestação de serviço de comunicação contratada. Salientam que as Notas Fiscais fatura 188/062005 e 317/0620/9305 não foram informadas nos arquivos estabelecidos no Convênio ICMS 115/03.

Registram que a resposta à queixa do cliente tem de ser dada pela prestadora de serviço em 30 dias, conforme § 3º do art. 60 da Resolução nº 316/2002. Contudo, nos casos apresentados levou-se de cinco a nove meses para se ter uma solução, motivo pelo qual não consideraram as provas apresentadas como válidas para dar direito ao estorno de débito. Apresentam demonstrativo referente às Notas Fiscais 5242/11204, 188/122004, 296/022005 e 3165/122004, com faturamento do valor estornado. Frisam que os valores registrados como créditos, nas faturas acostadas a impugnação, correspondem também a várias outras faturas anteriores e não apenas a fatura anexada ao processo.

Destacam que, conforme entendimento manifestado pelo defendente à fl. 113, torna-se necessária a conjugação de dois elementos, no caso, (i) a efetiva prestação de serviço de comunicação e (ii) a onerosidade da referida prestação. Assim, mesmo tendo desonerado o seu cliente, ainda persiste a efetiva prestação de serviço de comunicação realizada pelo defendente. Registram que o valor pago pelo cliente à prestadora de serviço é composto pela tarifa mais o imposto. Acrescentam que o defendente pode até abrir mão da tarifa, mas não pode abrir mão do imposto que não lhe pertence, já que o imposto pertence ao Estado, não cabendo o estorno de débito, já que houve a efetiva prestação de serviço.

Salientam que os outros motivos constantes no relatório anexo (doc. 02) não foram justificados pela defendente, nem durante o trabalho de fiscalização, nem durante o relatório anexo (doc. 02) não consta o número do telefone para o



(cadastro indevido), conforme estabelece a alínea “d”, inciso I do § 3º da cláusula 3ª do Convênio 126/98.

Invocam e transcrevem os arts. 73 e 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, para afirmarem que se faz necessário que o autuado prove que assumiu o encargo financeiro do tributo ao devolver o ICMS indevidamente cobrado ou exonerá-lo de débito, no momento da defesa.

Reiteram que o impugnante apresentou apenas 04 notas fiscais alegando a desoneração por parte do cliente, contudo, estes documentos não foram suficientes para comprovar adequadamente os referidos estornos que não foram acatados.

Consignam que, em conformidade com o § 4º da cláusula 3ª do Convênio 126/98 e artigos 73 e 123 do RPAF/BA, as alegações devem ser corroboradas com provas e esta documentação deve ser anexada pelo impugnante na defesa, porém, a documentação anexada não elidiu a infração.

Relativamente à alegação defensiva de ilegalidade da exigência da multa aplicada contra a impugnante por supostas infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., dizem que tal entendimento não procede, porque o Auto de Infração foi lavrado contra a Stemar Telecomunicações Ltda. e não contra o impugnante, sucessor. Observam que conforme mencionado na defesa de que a Stemar Telecomunicações LTDA foi sucedida pela BCP S/A., antiga denominação da Defendente, em 31 de dezembro de 2005, no Estado da Bahia, a inscrição de nº 59.805.850 da Stemar Telecomunicações LTDA., ainda não foi baixada, visto que se encontra suspenso o processo de baixa, portanto não se pode falar em ilegalidade.

No que concerne ao pedido de diligência formulado pelo impugnante, dizem que de acordo com o art. 145 do RPAF/BA o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade. E, tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de pleno. Acrescentam que, nos termos do art. 147 do RPAF, deverá ser indeferido o pedido de diligência, 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 sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, motivo pelo qual não se justifica uma diligência não fundamentada ou para colher provas que o defendente poderia anexar ao processo.

Finalizam a peça informativa mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência à IFEP/SERVIÇOS(fl. 391), para que o diligente designado adotasse as seguintes providências:

- intimasse o contribuinte a disponibilizar toda a documentação que alegara ser detentor, concedendo-lhe, para tanto, o prazo de 10 (dez) dias;
- com base na documentação e demais elementos disponibilizados, no caso de atendimento ao item acima, verificasse se as alegações defensivas referentes aos estornos de débitos realizados no período compreendido pela autuação eram pertinentes, excluindo os valores devidamente comprovados, se fosse o caso, elaborando novas planilhas atinentes ao estorno de débito e novo demonstrativo de débito.

Os autuantes se manifestaram às fls. 395/396, esclarecendo que o autuado foi intimado a apresentar documentos relacionados à fl. 394, que foram utilizados pelo contribuinte quando da elaboração do Relatório de Estorno de Débito de 2005, contudo, até a data de que apresentaram a informação fiscal não haviam recebido a documentação solicitada.

Concluem mantendo a autuação.

Intimado para ciência sobre o pronunciamento dos autuantes o cont 399-A a 402, dizendo que, em razão do exíguo prazo de 10(dez) dias c

diligência e em razão do elevado número de operações e de documentos solicitados, não foi possível atender a solicitação nos moldes da intimação.

Alega que, em razão do significativo prejuízo experimentado pela empresa em virtude da mudança de tecnologia TDMA para GSM e da mudança em seu sistema de faturamento, ocorridos em meados de 2004, vem desenvolvendo um amplo trabalho para atestar a idoneidade de seus procedimentos operacionais. Acrescenta que, para tanto foi inclusive contratada uma empresa especializada no setor, no caso, a KC Consultoria Tributária com Tecnologia, que analisou todo o procedimento adotado pela empresa no tocante às regras previstas no Convênio 115/03 e Convênio 39/01 e seus impactos fiscais no período de janeiro a dezembro de 2005, de acordo com os critérios estabelecidos no “Laudo Técnico – Avaliação dos Procedimentos Operacionais Fiscais e Sistêmicos” anexo(doc. 02).

Ressalta que foram apresentados apenas os anexos I (Doc. 02 – Anexo I – arquivo magnético) e III (Doc. 03) ao referido Laudo Técnico, os quais correspondem exatamente com o período autuado.

Consigna que um dos critérios adotados pela consultoria a fim de verificar o procedimento adotado pela empresa foi o confronto dos valores estornados com os recolhimentos efetuados anteriormente. Acrescenta que, nesse ponto, foi verificado que para o período de janeiro a junho de 2005, 98% dos valores estornados e apontados no arquivo magnético relativo ao Convênio 39/01 já havia sido objeto de recolhimento anterior, tendo sido identificados nos arquivos magnéticos relativos ao Convênio 115/03, conforme atestam as páginas 17 e 18 do Laudo Técnico.

Prosseguindo, esclarece que na sequência foram realizados testes de aderência, com as 05 contestações de maior valor de cada um dos meses autuados, conforme comprovam os Docs. 03 a 08 anexados, tendo sido verificado nos referidos testes: se o cliente estava devidamente cadastrado no sistema da empresa; a data, valor e motivo do ajuste efetuado; o valor do ajuste concedido a título de crédito de contas anteriores; a descrição da reclamação do cliente, redigida pelo atendente da empresa com justificativa à concessão do ajuste. Salienta que, por ocasião dessa análise a consultoria constatou que, em 100% dos casos verificados os estornos de receita realizados à época foram realizados em conformidade com as exigências do Convênio 39/01.

Assevera que, diante da explanação acima, restou comprovada a correção do procedimento adotado, pois apenas estornou o ICMS relativo às hipóteses que não caracterizaram fato gerador do ICMS, quer por não ter havido a prestação de serviço de comunicação, quer pelo serviço prestado não ser dotado de onerosidade.

Conclui reiterando o cancelamento do Auto de Infração.

A 1ª JF, considerando que não constava nos autos a ciência dos autuantes sobre a manifestação do contribuinte, converteu o processo em diligência à IFEP SERVIÇOS(fls. 623), a fim de que fosse dada ciência aos autuantes e estes se pronunciassem sobre a alegação do autuado.

Os autuantes se pronunciaram às fls. 625 a 628, esclarecendo que no atendimento da diligência intimaram o contribuinte a apresentar a os seguintes documentos:

- OS ou protocolo de atendimento da reclamação do cliente à impugnante;
- comprovante da devolução dos valores eventualmente pagos pela impugnante;
- nota fiscal para o cliente da impugnante com o valor estornado;
- em caso de refaturamento, apresentar a nota fiscal de refaturamento;
- em caso de duplicidade, comprovante da cobrança em duplicidade;
- em caso de cadastro indevido, informar qual o erro no cadastro, e comprovasse o mesmo (cópia do cadastro correto e cópia da nota fiscal

- em caso de cancelamento ou suspensão não efetuado, comprovante da solicitação do cancelamento ou suspensão do serviço;
- em caso de falha de sistema, informar qual a falha do sistema que gerou o faturamento indevido;
- em caso de serviço não reconhecido, detalhamento dos mesmos;
- em caso de ações judiciais, apresentar a cópia da decisão judicial;
- em caso de tarifa zero, apresentar contrato comprovando o direito a tarifa zero;
- outros documentos que porventura tenham sido utilizados no processo de estorno de débito;
- relatório relacionando os documentos apresentados aos itens que foram considerados pelo impugnante com direito ao estorno.

Salientam que, segundo o contribuinte, não foi possível atender à solicitação nos moldes da intimação, portanto foi apresentada documentação relativa aos 05 maiores valores de cada mês, ou seja, janeiro a junho, cujos esclarecimentos estão nas folhas 429 a 433.

Contestam o argumento defensivo, afirmando que a documentação apresentada como amostragem não atende ao que foi solicitado na intimação.

Observam que foram apresentadas 30 notas fiscais correspondentes a 05 exemplos para cada mês reclamado, sendo que, dos 30 exemplos apresentados, 24 correspondem a fraudes, que não foram analisados considerando-se que em decisão do STJ, casos como os de fraudes e clonagem não dão direito ao estorno de débito, tendo em vista que estas situações caracterizam o risco da atividade econômica, o qual não pode ser transferido ao Estado e que cabe à prestadora de serviço através dos meios legais reaver o valor referente à fraude. Frisam que, caso a tese sobre fraude seja aceita, estaria sendo criada uma nova modalidade de extinção do crédito tributário.

Com relação aos demais casos dizem que constataram o seguinte:

- Nota Fiscal nº. 3036 do mês de abril, não consta no relatório do mês de abril de 2005 e a suposta nota de crédito, 41207/052005, é do mês de julho;
- Nota Fiscal nº.11.593 do mês de abril não consta no relatório do mês de abril de 2005 e não tem nota de crédito e sim um demonstrativo que é do mês 09/2005;
- os demais casos dizem respeito a cadastro indevido e falha do sistema, cuja documentação apresentada não é suficiente para uma formação de valor, que resulte no direito ao crédito.

Enfatizam a necessidade da apresentação dos documentos solicitados na intimação, de forma a possibilitar uma adequada avaliação.

Ressaltam que no Auto de Infração foi exigido o valor referente ao estorno indevido de débito de R\$ 4.620.538,11, sendo que, o valor de R\$ 3.895.735,90 diz respeito a fraudes e clonagens, o que representa 84,3135 % do total exigido.

Frisam, ainda, que em conformidade com o demonstrativo que anexam aos autos, a amostra apresentada pelo impugnante totaliza o valor de R\$ 75.852,63, que representa 1,6416 % do valor total exigido, sendo que, o valor de R\$ 69.900,49, correspondente a 1,5128 % do total se refere a fraudes e o valor de R\$ 5.952,14, que corresponde a 0,1288% do total, se refere a cadastro indevido e falha de sistema.

Finalizam mantendo integralmente a autuação.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à ao autuado, decorrente de realização de estorno de débito de ICMS e desse imposto.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante alega, em caráter preliminar, que a parcela do débito referente ao período de 01/01/2005 a 15/03/2005 não é devida, uma vez que já se encontra definitivamente extinta em razão da homologação tácita do lançamento efetuado, e conseqüente decadência do direito do Fisco de lançar, nos termos do artigo 156, VII c/c artigo 150, § 4º, ambos do Código Tributário Nacional (CTN).

Cabe-me, inicialmente, apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 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 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2005, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010.

Assim, como o contribuinte tomou conhecimento da ação fiscal em 26/02/2010, conforme Termo de Intimação e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em 16/03/2010, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por conseqüência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, e mais recentemente o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

#### “VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 4º de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese de debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Púb

ACÓ JJF Nº 0404-01/10

Created with

contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, verifico que os autuantes, de posse dos valores dos estornos realizados pelo contribuinte, solicitaram que lhes fossem entregues, mediante intimações, as justificativas documentais para os procedimentos adotados. Noto que, apesar de intimado em três oportunidades, o impugnante não apresentou a documentação comprobatória dos estornos, resultando no lançamento dos valores não comprovados.

Vale observar que esta 1ª JF, considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência à IFEP/SERVIÇOS, para que o diligente designado intimasse o contribuinte a disponibilizar toda a documentação que alegara ser detentor e, posteriormente, com base na documentação e demais elementos apresentados, verificasse se as alegações defensivas referentes aos estornos de débitos realizados no período compreendido pela autuação eram pertinentes, excluindo os valores devidamente comprovados, se fosse o caso, elaborando novas planilhas atinentes ao estorno de débito e novo demonstrativo de débito.

Ocorre que, o impugnante ao ser intimado para ciência do resultado da diligência apresentou manifestação dizendo que, em razão do exíguo prazo de 10(dez) dias concedido para atendimento da diligência e em razão do elevado número de operações e de documentos solicitados, não foi possível atender a solicitação nos moldes da intimação.

Alegou, porém, que em razão do significativo prejuízo experimentado pela empresa em virtude da mudança de tecnologia TDMA para GSM e da mudança em seu sistema de faturamento, ocorridos em meados de 2004, estava desenvolvendo um amplo trabalho para atestar a idoneidade de seus procedimentos operacionais, tendo sido inclusive contratada uma empresa especializada no setor, no caso, a KC Consultoria Tributária com Tecnologia, que analisou todo o procedimento adotado pela empresa no tocante às regras previstas no Convênio 115/03 e Convênio 39/01 e seus impactos fiscais no período de janeiro a dezembro de 2005, de acordo com os critérios estabelecidos no “Laudo Técnico – Avaliação dos Procedimentos Operacionais Fiscais e Sistêmicos”, restando comprovada a correção do procedimento adotado, pois apenas estornou o ICMS relativo às hipóteses que não caracterizaram fato gerador do ICMS, quer por não ter havido a prestação de serviço de comunicação, quer pelo serviço prestado não ser dotado de onerosidade.

Como os autuantes não foram cientificados sobre a manifestação do contribuinte, esta 1ª JF converteu o processo em diligência para que eles se pronunciassem sobre as alegações defensivas, tendo os diligentes esclarecidos que intimaram o contribuinte para apresentar os seguintes documentos: - *ordem de serviço (OS) ou protocolo de atendimento da reclamação do cliente à impugnante*; - *comprovante da devolução dos valores eventualmente pagos pela impugnante*; - *nota fiscal para o cliente da impugnante com o valor estornado*; - *em caso de refaturamento, apresentar a nota fiscal de refaturamento*; - *em caso de duplicidade, comprovante da cobrança em duplicidade*; - *em caso de cadastro indevido, informar qual o erro no cadastro, seu motivo e documento que comprovasse o mesmo (cópia do cadastro correto e cópia da nota fiscal com erro)*; - *em caso de cancelamento ou suspensão não efetuado, comprovante da solicitação do cancelamento ou suspensão do serviço*; - *em caso de falha de sistema, informar qual a falha do sistema que gerou o faturamento indevido*; - *em caso de serviço não reconhecido, detalhamento dos mesmos*; - *em caso de ações judiciais, apresentar a cópia da decisão judicial*; - *em caso de contrato comprovando o direito a tarifa zero*; - *outros documentos*



*utilizados no processo de estorno de débito;- relatório relacionando os documentos apresentados aos itens que foram considerados pela impugnante com direito ao estorno.*

Constato que o contribuinte não atendeu a intimação para apresentação dos documentos comprobatórios dos estornos realizados, sob a alegação de exiguidade do prazo de 10(dez) dias para atendimento, apresentando o laudo técnico acima aduzido, no intuito de comprovar os estornos realizados.

Certamente que tal alegação não pode ser considerada, haja vista que desde a época dos estornos realizados caberia ao contribuinte guardar adequadamente os documentos que embasaram os estornos, frise-se, ocorridos em 2005.

Ademais, ainda no transcorrer da ação fiscal e mesmo após a ciência da lavratura do Auto de Infração, dispôs o impugnante de tempo hábil para efetivar a indispensável comprovação, inclusive, com a diligência requerida e deferida, o que não foi feito.

É certo que o “*Laudo Técnico – Avaliação dos Procedimentos Operacionais Fiscais e Sistêmicos*”, apresentado isoladamente não pode servir como elemento de prova da correção do procedimento adotado, conforme alegado. Há necessidade de que os documentos comprobatórios do estorno realizado sejam apresentados, inclusive, para confrontação com o laudo.

Verifico que assiste razão aos autuantes quando dizem que das 30 notas fiscais apresentadas pelo autuado, correspondentes a 05 exemplos para cada mês reclamado, 24 notas fiscais correspondem a fraudes, motivo pelo qual não foram analisadas, por não darem direito ao estorno de débito, tendo em vista que estas situações caracterizam o risco da atividade econômica, o qual não pode ser transferido ao Estado e que cabe à prestadora de serviço através dos meios legais reaver o valor referente à fraude.

Quanto às demais notas fiscais, corroboro com o entendimento manifestado pelos autuantes, haja vista que a Nota Fiscal nº 3036, do mês de abril, não consta no relatório do mês de abril de 2005, sendo a nota de crédito 41207/052005, referente ao mês de julho. Já a Nota Fiscal nº 11.593 do mês de abril não consta no relatório do mês de abril de 2005 e não tem nota de crédito, mas sim um demonstrativo referente ao mês 09/2005. As demais notas fiscais dizem respeito a “*cadastro indevido*” e “*falha do sistema*”, não comprovando a legitimidade do estorno de débito realizado.

Importante observar que, conforme demonstrativos elaborados pelos autuantes, o valor exigido no Auto de Infração referente ao estorno indevido de débito é de R\$ 4.620.538,11, sendo que, o valor de R\$ 3.895.735,90 diz respeito a “*fraudes*” e “*clonagens*”, o que representa 84,3135 % do total exigido. Ainda em conformidade com o demonstrativo que os autuantes anexaram aos autos, a amostra apresentada pelo impugnante totaliza o valor de R\$ 75.852,63, que representa 1,6416 % do valor total exigido, sendo que, o valor de R\$ 69.900,49, correspondente a 1,5128 % do total se refere a “*fraudes*” e o valor de R\$ 5.952,14, que corresponde a 0,1288 % do total, se refere a “*cadastro indevido*” e “*falha de sistema*”.

Desta forma, restou comprovado que o autuado promoveu o estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia.

No que concerne ao argumento defensivo de legalidade da exigência da multa aplicada contra a defendente por infrações praticadas por Stemar Telecomunicações Ltda., vejo que não assiste razão ao impugnante, haja vista que a sucessão por incorporação ocorreu em 31/12/2005, e os fatos geradores da infração ocorreram nos meses de janeiro a junho de 2005.

Ora, é cediço que nos casos de sucessão o sucessor adquire os ativos e passivos do sucedido, valendo dizer que não há transferência de multa, haja vista que esta continua a integrar o passivo da empresa que é incorporada, portanto, adquirida pelo sucessor.

Convém, nesse sentido, reproduzir parcialmente lição do mestre Sacha

*“Nas hipóteses ora versadas, em verdade, inexistente sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente, sob outra roupagem institucional. Portanto, a multa não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é:... b) incorporada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor” – um sob-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades incorporadas, naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas.”* (Manual de Direito Tributário-2ª edição-pág. 388).

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, vinculado ao escritório Nogueira Reis Advogados S/C, com endereço na Avenida França, nº 164, Ed. Futurus, 7º andar, CEP 40010-000, Comércio, Salvador/BA, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da 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.

Diante do exposto, considero que restou comprovado o cometimento da infração imputada ao autuado, haja vista que este não cumpriu as determinações previstas na legislação do ICMS do Estado da Bahia, concernentes ao estorno de débito fiscal.

Voto pela PROCÊDENCIA 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 **274068.0001/10-1**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.620.538,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso, II, “f” da Lei n. 7014/96, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR