

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0007/10-0
RECORRENTE - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0120-03/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 13/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-11/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não comprovou 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2010 para exigir ICMS não recolhido no valor de R\$3.462.546,57, acrescido da multa de 60%, em razão de estorno de débito de imposto não recolhido no período de julho a dezembro/2005, em desacordo com a legislação.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou lançamento de estorno de débito, nos meses de julho a dezembro, no campo “*Outros Créditos*” do livro Registro de Apuração como “Ajuste de TELECOM – CONVÊNIO ICMS 39/2001” (Convênio ICMS 39/01 acrescenta os §§ 3º e 4º à cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98), e em novembro no livro Registro de Entrada, no CFOP “1.20”, sem a devida comprovação. Consta, ainda, que o contribuinte foi intimado a apresentar os elementos comprobatórios determinados no §4º da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, sobre os referidos estornos e que até a data da lavratura do Auto de Infração nenhum documento comprobatório fora apresentado, conforme Demonstrativo de Estorno de Débito Indevido – Anexo 01 (fl. 05), parte integrante do Auto de Infração, e cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo.

A JJF dirimiu a lide, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

“(…)Compulsando os autos verifico que na ação fiscal em lide, de posse de dados de estorno de débito realizado pelo contribuinte no período de julho a dezembro/2005, antes da lavratura do Auto de Infração os prepostos fiscais intimaram o sujeito passivo para comprovar o seu direito a tais estornos, por meio das três intimações acostadas pelo Fisco às fls. 08 a 12 e que estão datadas, respectivamente, de 26/02/2010, 03/03/2010, 09/03/2010, e conforme estes documentos o Fisco reiteradamente intimou o contribuinte para que este apresentasse os documentos comprobatórios do direito ao estorno do débito, explicitando detalhadamente, a pedido do sujeito passivo (fls. 10 e 11), que tais documentos poderiam ser: “nota fiscal com desconto do estorno, comprovante de devolução do valor estornado, nota fiscal de refaturamento, reclamação de clientes e outros documentos que porventura tenham sido utilizados no processo de estorno de débito.”

Quanto à alegação defensiva no sentido de que, na situação em lide, só pode ser objeto de incidência de ICMS valor relativo à prestação onerosa e efetiva de serviço de telecomunicações inexistente questionamento a este respeito. Por conseguinte, de fato situações como cobrança de serviços em duplicidade, cobrança sem a correspondente prestação de serviços, cobrança de serviços não contratados, não configuram hipótese de incidência do ICMS.

Na verdade, o fulcro da questão reside em que o Fisco afirma que o serviço foi prestado e cobrado pelo autuado, e pago pela sua clientela, e que por esta prestação onerosa de serviço de telecomunicação existe débito de imposto que foi estornado indevidamente. Que o contribuinte não comprova que arcou com o ônus financeiro do tributo, ao devolver os valores de ICMS indevidamente cobrados de seus clientes.

E o contribuinte afirma que tem as provas de que o serviço, embora tenha sido indevidamente cobrado de seus clientes, na realidade não foi prestado e que por esta não-prestação devolveu aos clientes os valores por estes

pagos indevidamente. Cita situações nas quais afirma que isto ocorreu, tais como cobranças por situação de clonagem, duplicidade de cobrança aos clientes, cobranças sem a correspondente prestação de serviços, cobrança de serviços não contratados, dentre outros que não especifica quais sejam, mas que estariam englobados sob a rubrica Ajuste Mobile. Cita ainda que pode ocorrer o Write Off em sua contabilidade, explicando que se trata de situação de cancelamento de contratos por clientes quando as cobranças mensais relativas a tais contratos particulares já estavam faturadas por sua contabilidade, porque ele, autuado, adota um sistema de cobrança que permite que esta situação de cobrança indevida ocorra.

O contribuinte afirma que cumpre com suas obrigações junto à ANATEL e ao Fisco, mas que em razão do volume de suas operações de devolução de valores a clientes não pode cumprir, integralmente, o quanto disposto no Convênio ICMS nº 39/01, que acrescenta os §§ 3º e 4º à cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98.

De fato é plausível supor-se que o sujeito passivo tenha devolvido, a clientes, valores deles cobrados indevidamente. Porém a este respeito assinalo que todos os contribuintes do ICMS só têm direito ao estorno de débito de imposto, em cada operação de estorno que realizarem, quando comprovam o direito a este estorno, cabendo a cada contribuinte do imposto adequar sua empresa para cumprir a lei. Os custos operacionais da empresa fazem parte de seu planejamento administrativo, situação que não cabe ao Fisco, nem a este Contencioso, analisar nesta lide.

É não só o razoável, mas o correto, que o Fisco estadual exija, no cumprimento do seu dever de ofício, a comprovação documental da ocorrência de cada uma das operações que cada contribuinte do ICMS alegue ser a causa de estorno de débito de imposto. E, uma vez comprovado tal direito, seja este respeitado. Para esta comprovação, é preciso respeitar as regras que a legislação tributária dispuser a respeito, conforme será a seguir analisado mais detidamente neste voto.

De fato o sujeito passivo da presente lide é empresa submetida às regras da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, no que tange ao objeto dessa entidade. E também é pessoa jurídica submetida às regras promanadas dos entes públicos, no que tange a tributos.

Em relação à ANATEL, conforme afirma o sujeito passivo, esta Agência criou o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, Anexo à Resolução ANATEL nº 316, de 27/09/2002. Este Regulamento SMP atinge, por conseguinte, o período objeto da ação fiscal, julho a dezembro/2005. Prevê tal Regulamento:

Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP:

Art. 13. A prestadora deve receber e solucionar as queixas e reclamações dos Usuários nos prazos fixados no PGMQ-SMP.

§1º A prestadora deve manter à disposição da Anatel e dos interessados um registro de queixas ou reclamações, por um período mínimo de 1 (um) ano.

(...)

*§3º **Todas as queixas apresentadas pelo Usuário devem ser processadas pela prestadora e receber um número de ordem** a ser informado ao interessado para possibilitar o acompanhamento de sua solução, inclusive por intermédio da central de informação e atendimento do Usuário.*

Art. 60. O Usuário pode questionar os débitos contra ele lançados mediante contestação dirigida à prestadora.

*§2º. **A contestação feita pelo Usuário deve receber o tratamento previsto no §3º do art. 13.***

(grifos nossos)

Assim, conforme disposto no Regulamento SMP da ANATEL, de fato a prestadora de serviços móveis de telecomunicação, situação do autuado, tem que atribuir um número de ordem para cada queixa apresentada pelo usuário, e de fato a ANATEL só exige, para efeito do que seja pertinente à ANATEL, que a prestadora de serviços móveis de mantenha estes registros pelo prazo mínimo, e não máximo, de um ano. Então, a ANATEL não pode exigir dados relativos a reclamações feitas por clientes em 2005 no exercício de 2010. Mas a prestadora de serviços de telecomunicações pode mantê-los, caso assim decida.

Por outro lado, embora o sujeito passivo não alegue, de forma específica, que teria ocorrido a decadência do direito à constituição do crédito tributário, ao alegar que só teria a obrigação acessória de guarda da documentação relativa às reclamações de seus clientes por um ano, esquece-se de mencionar que tais reclamações de clientes originam todo o procedimento de devoluções de quantias pagas indevidamente que resultam em estorno de débito de imposto também recolhido indevidamente, quando esta situação de fato ocorre.

E, em relação à guarda de livros e documentos atinentes a tributos estaduais, em específico o ICMS, prevê a Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;

VIII - exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte;
(grifos nossos)

Portanto, todos os documentos comprobatórios do direito aos estornos de débito de imposto que realizou no exercício de 2005 deveriam ter sido guardados por cinco anos para exibição ao Fisco, quando para tanto solicitado, e observa-se que na presente lide esta situação de exibição de todos os documentos solicitados pelo Fisco não se verifica. Assinalo, ainda, que conforme consta às fls. 10 a 12 dos autos deste processo, e já exposto neste voto, o contribuinte não só foi por três vezes intimado a apresentar a documentação comprobatória de seu direito ao estorno de débito de ICMS como também, a seu pedido, foi orientado pelo Fisco sobre como fazê-lo, não tendo atendido às intimações.

O Convênio ICMS nº 126/98 dispõe sobre concessão de regime especial dentre outras providências, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações. Especificamente quanto a estorno de débito de ICMS, o Convênio ICMS nº 39/01 acrescentou a cláusula terceira ao Convênio ICMS nº 126/98 com as previsões normativas acerca de estorno de débito de imposto relativamente a serviços de telecomunicações.

Prevêem os parágrafos 3º e 4º da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, em redação vigente no período objeto da imputação, ou seja, julho a dezembro/2005:

Convênio ICMS 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, a base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;*
- b) ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondentes ao estorno;*
- c) os motivos determinantes do estorno;*
- d) a identificação do número do telefone para o qual foi refaturado o serviço, quando for o caso;*

II - com base no relatório interno do que trata o inciso anterior deverá ser emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores serão iguais aos constantes no referido relatório.

§ 4º. O relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios.

Assim, cabe ao contribuinte comprovar documentalmente o direito ao estorno do débito de ICMS conforme determinado no Convênio ICMS nº 126/98. Ainda que se trate de clonagem, fraude, serviços cobrados indevidamente por quaisquer motivos, enfim, quaisquer das situações relatadas pelo sujeito passivo nos autos deste processo, estas situações têm que estar comprovadas pelos documentos da empresa, que devem ser emitidos em obediência à legislação pertinente, transcrita neste voto.

Por conseguinte, o Laudo apresentado pelo contribuinte não comprova o seu direito a estorno de débito de imposto. Assinalo, por oportuno, que assiste razão ao Fisco quando afirma que os documentos apresentados pelo contribuinte não guardam exata relação com os valores estornados que são objeto da ação fiscal, a exemplo dos dados relativos à Nota Fiscal nº 49.602 (fls. 278 a 282), com motivo do estorno descrito como “AJSWF – Adj. Swat Classe F”, no valor de R\$3.765,96, enquanto que o valor estornado, relativo a esta operação, foi de R\$9.808,49, com a descrição “fatura de valor zero para clientes de SWAT de cobrança”. Portanto, o valor de R\$3.765,96 não coincidem com o valor do estorno de R\$9.808,49, e estes dois valores também não coincidem com o valor de R\$4.486,34 que consta no Relatório apresentado pelo contribuinte, Relatório este previsto no §3º do Convênio ICMS nº 126/98. Assim não está provado, nos autos deste processo, o direito ao estorno de débito de imposto relativo a esta operação. A mesma situação se repete em relação aos demais dados apresentados, por amostragem, pelo sujeito passivo.

Assinalo que cabe ao contribuinte, inclusive, esclarecer, quando da elaboração do Relatório previsto na cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, de forma compreensível para o Fisco, qual o motivo determinante de cada estorno, em obediência à cláusula “c” do inciso I do §3º da mencionada cláusula terceira, já transcrita neste voto.

Quanto à indagação do contribuinte acerca da Decisão do STJ acerca de fraude, não identifico qual seja esta Decisão, que não interfere na presente análise.

No que tange ao pedido do autuado para exclusão das multas, sob alegação de que a responsabilidade pelas multas seria da empresa sucedida, e tal responsabilidade seria intransferível para a empresa sucessora, reportando-se a um processo de sucessão ocorrido na empresa, entendo que nos casos de sucessão empresarial a empresa sucessora assume todo o patrimônio da sucedida, abrangendo tanto os direitos como as obrigações já contraídas. Portanto, discordo da alegação do impugnante pertinente à dispensa da multa, uma vez que as sanções intransmissíveis e incommunicáveis dizem respeito às infrações discriminadas no artigo 137 do CTN e não às infrações relativas ao descumprimento de obrigação tributária, quando então se aplica o teor do artigo 132 do mesmo Código:

CTN:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

(...)

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III – quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Observe que a multa no percentual de 60% do valor do imposto lançado de ofício foi corretamente aplicada e está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Porém assinalo, por oportuno, que o pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal, que é a imputação presente no Auto de Infração em lide, pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas ao endereço que indica em sua impugnação, tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração”

Às fls. 410/420 reside à súplica recursal do contribuinte por meio da qual teceu longa fundamentação, para essencialmente afirmar, em suma, que houve a regularidade dos estornos de débitos por si efetuados, argüindo como fundamento central que os valores por si estornados a título de ICMS têm origem nas reclamações realizadas por seus clientes, provenientes de diversas situações rotineiras, entre as quais dos serviços em duplicidade, cobrança sem a correspondente prestação de serviços, serviços não contratados, etc., cujas situações não configuram hipótese de incidência do ICMS.

Arguiu os artigos 60 da Resolução nº 316/2002 da ANATEL para sustentar que seus usuários podem reclamar dos seus serviços, o que deve ser analisado e por ela respondido dentro de 30 dias, quando apura se o serviço de telecomunicação foi-lhe realmente prestado e, em caso negativo, que proceda à devolução dos valores eventualmente pagos pelo usuário, estornando do débito o ICMS destacado na NFST, já recolhido aos cofres públicos, com a respectiva emissão da NFST que

documenta essa operação e registro das informações, nos termos do Convênio ICMS 39/01, em relatório interno, situação que se pode verificar mediante os arquivos eletrônicos acostados com a defesa e que serviram de suporte para elaboração dos laudos técnicos – avaliação dos procedimentos operacionais fiscais e sistêmicos.

Disse que os valores estornados relativos ao ICMS se originam dessas reclamações sob alegação de cobrança de serviço em duplicidade, sem a correspondente prestação de serviço, sem que o serviço tenha sido contratado, etc., o que tudo não configura hipótese de incidência do ICMS, passando a invocar a sua possibilidade de estornar os débitos relativos a essas situações, transcrevendo seguidamente o art. 155, II, da CF, e que, como imperativo, o art. 146, III, “a” também do texto constitucional, exige que os fatos geradores dos impostos previstos no corpo da CF estejam regidos em lei complementar, pelo que foi editada a LC 87/96, que em seu art. 2º, III e 12, inciso VII, prevê que o imposto incide sobre as prestações onerosas.

Alegou que os entes federativos não podem instituir tributação por meio de ICMS sobre situações que não configuraram fatos geradores do imposto, passando a transcrever posição do mestre Roque Carrazza, para dizer que há incidência do ICMS somente diante de uma prestação de serviço de comunicação quando há fornecimento, em caráter onerosos, dos meios para que o emissor e receptor possam trocar mensagens, e que fora desta hipótese não incide a tributação.

Prossegue afirmando que se não houve a prestação do serviço de comunicação classifica-se como espécie de negócio jurídico e, como tal, se sujeita à observância de todo o regramento previsto pelo CC para sua perfeita existência, validade e eficácia, passando a trazer à baila lição do ilustre Caio Mário da Silva Pereira e de Sílvio de Salvo Venosa.

Mencionou que ante a inexistência de prestação de serviço de telecomunicação ao cliente indicado na nota fiscal, por ausência de acordo de vontade nesse sentido, por não ter sido desejada a chamada telefônica, não há que se falar em negócio jurídico, o que legitima o estorno dos valores recolhidos indevidamente a título de ICMS.

E mesmo que se considerasse existente o negócio jurídico nessa prestação de serviço, o usuário contestou os valores constantes na NFST, devendo ser salientado que não há onerosidade na referida prestação e que, por isso, não incide o ICMS, tendo transcrito entendimento do insigne José Eduardo Soares de Melo, e que mesmo nos casos de fraude e clonagem, quando o serviço é prestado a pessoa diversa do seu cliente, não há que se falar em onerosidade, haja vista os estornos efetuados nas faturas correspondentes por ela emitidas, e que, portanto, resta demonstrada a impossibilidade de que tais prestações sejam oneradas com o ICMS.

Mencionou sobre a impossibilidade da plena observância das exigências para o estorno dos débitos, estabelecidas pelo Convênio ICMS 39/01, o qual alterou o Convênio ICMS 126/98, que estabelece a possibilidade de que, em casos de faturamento indevido aos clientes das prestadoras de serviço de telefonia, os valores do ICMS destacados na nota fiscal originária poderão ser recuperados, se houver o cancelamento do documento fiscal e o valor restituído ao cliente, sujeitando-se para tanto a determinadas exigências, notadamente, aquelas previstas nos §§3º e 4º da cláusula primeira.

Disse que o relatório interno apresentado por si com a impugnação, elaborado quando da fase de fiscalização, e as informações contidas nesses relatórios, são coincidentes com o disposto no Convênio ICMS 39/01.

Mas que, entretanto, quanto às demais exigências que considera difíceis e tortuosas, pois são inúmeras as reclamações, e que seu faturamento como os estornos dos débitos do ICMS só alcançam valores consideráveis em razão da somatória dos valores, muitas vezes ínfimos, gerados por diversos clientes mensalmente, idem quanto à cobrança indevida de valores caso em que o elemento probante que autorizou o estorno seria o próprio relatório gerencial.

Alegou que dentro desse contexto com um universo de usuários, reclamações e estornos, a prova tal como é exigida é impossível de ser cumprida, pois demandaria uma quantidade extremamente volumosa de documentos, porém que encontrou uma alternativa para demonstrar a legitimidade

dos estornos, já que acostou aos autos a documentação referente a uma gama mais simples de situações em que não houve a efetiva prestação de serviço ou que esta não se deu de forma onerosa, acrescentando que não haveria meios de comprovar a origem da integralidade dos valores de ICMS por ela estornados pelos motivos já expostos.

E que, através desses laudos técnicos nos quais é analisada a situação dos estornos de débito relativo ao período autuado como um todo, assim como o procedimento por si adotado conforme as regras do Convênio ICMS 39/01 e seus impactos fiscais, o que foi feito por amostragem, englobando tais laudos a realização de testes de aderência com 5 contestações de maior valor de cada um dos meses autuados, com análise de 4 aspectos, quais sejam: se o cliente estava devidamente cadastrado no seu sistema; a data, valor e motivo do ajuste efetuado; o valor do ajuste concedido a título de crédito de contas anteriores e a descrição da reclamação do cliente, redigida pela sua atendente como justificativa para concessão do ajuste.

Aludiu que através desses esclarecimentos considera provada a não configuração da hipótese de incidência do ICMS.

Acrescentou que não é possível se realizar uma interpretação literal e extremamente minimalista da legislação, no caso o Convênio ICMS 39/01, para legitimar os estornos, pois assim causaria o esvaziamento por completo deste convênio, na medida em que se tornaria absolutamente inviável a sua aplicação.

Em seguida, passa a reiterar os fundamentos já declinados, citando a posição referida pelos autuantes de que o STF, nos casos de fraude e clonagem, entende que não há direito a esse estorno, por não poder ser transferido ao Estado o prejuízo, e que cabe à prestadora através dos meios legais reaver o valor referente à fraude.

Nesta senda, disse que a despeito de falta de informações mais precisas em derredor dessa Decisão, mas que se empenhou em pesquisar o entendimento do STF e não localizou qualquer precedente que tivesse vedado o estorno de débito do ICMS em casos de clonagem e fraude, e que a única Decisão encontrada foi da 4ª Turma do STJ, no Resp 1144437.

Prossegue afirmando que agiu nos exatos termos da legislação, passando a mencionar um artigo do tributarista André Mendes Moreira, publicado na revista da APET.

Reportou-se sobre os estornos de débito concernentes ao *write off*, e que, com efeito, o valor de R\$228.005,53 apontado na autuação a título de estorno de débito para este período, o valor de R\$ 161.667,64 se refere a anulações decorrentes do Write Off, o que explicitou como sendo em razão de concorrência de mercado ou por conveniência de clientes. E que, por isso, a qualquer momento, são assinados contratos de prestação de serviços de telefonia e também rescindidos, o que ela deve registrar no seu sistema de processamento de dados para a correta emissão das notas fiscais de serviços; entretanto, por razões de ordem técnica, no mais das vezes o sistema operacional não lhe permite que faça um corte no processamento das informações, sem assim poder registrar prontamente os pedidos de cancelamento/rescisão feitos por seus clientes, o que somente pode ser feito por ocasião do fechamento correspondente, passando a exemplificar os ciclos de processamento.

Pontua, nesta esteira, que em face desse problema de ordem técnica, somente realiza os ajustes na contabilidade posteriormente, a título de estornos de débitos do ICMS, e que o autuante não os poderia ter glosado, como o fez.

Invocou, ainda, acerca da ilegalidade da multa aplicada por suposta infração praticada por sua antecessora STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA; arguindo e transcrevendo a disposição do art. 132 do CTN, para asseverar que a sucessão ocorre apenas em relação aos tributos que não se confundem com as multas, estas que decorrem necessariamente de ato ilícito, e que, como é cediço, o art. 3º do CTN estabelece o que se constitui como tributo que é a prestação pecuniária que não se constitua sanção de ato ilícito, e que é descabida a exigência de multa.

Conclusivamente, fez uma síntese de toda sua tese recursal e, no item IV, passou a requerer que seja julgado totalmente Procedente o seu Recurso Voluntário para cancelamento da autuação, e,

subsidiariamente, que seja afastada a multa diante da ilegalidade. Protestou pela produção de todos os meios probantes.

À fl. 435 consta o Parecer exarado pela PGE/PROFIS, no qual afirma, em suma que, até agosto de 2006, o Convênio ICMS 126/98, que deve ser o aplicado para o caso em tela, leva à ilação de que a questão se resume à falta de comprovação dos motivos dos estornos, vez que as informações apresentadas na defesa não são coincidentes com os registros e documentos fiscais, e que em sede recursal não foi trazido qualquer elemento novo capaz de alterar o julgado de piso, considerando ausente prova para socorrer os argumentos do contribuinte.

No tocante à multa, afirmou ser lícita a exigência a recair sobre a empresa sucessora, em consonância com o entendimento remansoso dos tribunais superiores, os quais interpretam a regra do CTN no sentido de que a empresa sucessora é responsável pelos débitos tributários, inclusive pelas multas punitivas e moratórias, já constituídos e por serem constituídos, tendo transcrito alguns julgados nesse sentido. Por fim, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Mediante Recurso Voluntário o contribuinte busca o reexame da autuação, para que seja reformada a Decisão de primeiro grau que julgou pela Procedência da autuação, por considerar ilegítimos os estornos de débito do ICMS nas prestações de serviço de telecomunicações.

Com efeito, conforme pontuado pela JJF e pela Procuradoria, o Convênio ICMS 126/98 - que trata da concessão de regime especial, dentre outras providências, e mais especificamente acerca do estorno de débito do ICMS - norma esta que foi alterada pelo Convênio ICMS 39/01 que, através da cláusula terceira, a qual demanda do contribuinte, para legitimar o estorno, diversas exigências expressamente ali previstas, como constam transcritas no voto supra relatado. Logo, a conclusão única ao interpretar e aplicar a legislação é no sentido de que cumpre ao sujeito passivo apresentar ao Fisco toda a documentação que comprove, extirpe de dúvidas, o sustentáculo para o estorno do débito do tributo.

E, como constato, muito embora tenha o recorrente sido reiteradamente intimado para exhibir a prova cabal de suas alegações defensivas, quedou-se inerte, admitindo que procedeu ao estorno do débito do imposto nas situações fático-jurídicas acima mencionadas, mas, por outro lado, se limitou a alegar ser impossível a apresentação de prova individualizada de cada estorno de *per si*, dentro do universo de seus usuários e diante da tramitação do seu sistema operacional, que não é imediato.

Disse, como visto, que diante dessa impossibilidade de produzir essa prova, segundo os termos dos referidos convênios, é insuperável para o acolhimento de sua tese, que fosse realizada no curso destes autos com a juntada dos documentos ali especificados, mas que encontrou uma alternativa de comprovar o que entendeu que poderia fazê-lo mediante a apresentação de laudos técnicos, os quais, como reconheceu inclusive em sede recursal, foram realizados com base em dados por amostragem, sem, portanto, abranger a totalidade dos estornos efetuados.

Ora, o que pretendeu o recorrente é “relativizar” os termos inequívocos dos convênios aludidos, já que alegou que sua exegese não pode ser literal, mas sim com “temperança” justamente por ser, segundo seu entendimento equivocado, impossível comprovar todos os casos em que houve o estorno do débito do ICMS.

Como se depreende, o que pretendeu inocuamente o sujeito passivo é, a mingua de prova, que sejam aceitos pelo Estado da Bahia todos os estornos que realizou, assumindo o prejuízo respectivo, como se este devesse arcar, por exemplo, com os estornos das alegadas situações em que, por exemplo, não houve prestação de serviço de telefonia em virtude da constatação, após reclamação do usuário, de ter havido clonagem, dentre outras situação, como no caso do *White Off*. Isto é inaceitável, visto que cabe ao contribuinte prover os recursos necessários para que haja o devido controle, individualizado, dos estornos efetuados, o que não realizou e nem

apresentou provas elisivas ao Fisco, daí que por evidente, a alegação do sujeito passivo de que não tem tecnologia para exercer tal controle e que não lhe cabe guardar a documentação por prazo superior àquele previsto pela ANATEL, que é de um ano, tal entendimento colide com a regra expressa do art. 34, VII e VIII, da Lei nº 7.014/96.

Até porque, vale frisar, tem o contribuinte, na condição de prestador de serviço de telefonia, como detectar, com brevidade, dada justamente à sua notória tecnologia de ponta, qual o usuário que adimpliu daqueles que não o fez, e tanto isto é verdade que passa a enviar mensagens de cobrança individualizada por cliente e, ainda, realiza os bloqueios de serviço.

Logo, não é crível, por ser contrário às exigências normativas acima aclaradas, que com base em laudo técnico elaborado unilateralmente e com esteio em amostragem sem abrangência de todas as situações nas quais a empresa efetuou o estorno ora em comento e que ensejou a autuação, que sejam acolhidas às alegações e não comprovações do sujeito passivo, o que, aliás, vale ressaltar, seria um temerário precedente, e que seria ilícito ante a indisponibilidade do bem público.

Deste modo, não deve ser imputado ao Estado da Bahia prejuízo em decorrência da suposta deficiência do sistema de controle do sujeito, que não cuidou de prover todos os meios necessários para comprovação dos estornos de débito do ICMS de *per si* e, mais, de apresentar, quando intimado, a documentação contábil-fiscal correspondente, como é dever seu como contribuinte.

Infiro, neste contexto, restar comprovada a exação fiscal, sendo escoreita a posição firmada pela JJF no acórdão recorrido sobre a qual a Procuradoria manifestou sua anuência.

No tocante à exclusão das multas sob o entendimento de que o recorrente por ser a sucessora não é responsável pelas multas que seria da empresa sucedida, e tal responsabilidade seria intransferível para a empresa sucessora, divirjo deste entendimento, e o faço com suporte nos dispositivos do voto acima transcrito, ou seja, art. 134 c/c art. 137, II e III, alíneas “a”, “b” e “c”, além do que a multa imposta de 60% encontra-se respaldada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de redução da multa, faço a ressalva que este poderá ser encaminhado à Câmara Superior deste CONSEF, que é o órgão de julgamento competente, a teor do art. 159 do RPAF/99 para apreciar e deliberar sobre tal requerimento.

Do exposto, voto PELO NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0007/10-0**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.462.546,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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