

A. I. N° - 279692.0004/11-3
AUTUADO - TIM NORDESTE S.A.
AUTUANTES - GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR, PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e
RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET 28.06.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-05/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. O sujeito passivo apresentou os competentes documentos fiscais, fato que elidiu a acusação. Infração insubstancial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de diligência ou perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/01/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$2.595.669,45, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. O contribuinte não comprovou, com documentos fiscais e/ou contábeis, os valores escriturados em seu livro registro de apuração referente aos estornos de débitos depois de regularmente intimado. Em 30/09/2010 intimamos o contribuinte a explicar detalhadamente, por item, o motivo e apresentar documentação comprobatória referente a cada item dos estornos de débitos efetuados como exige o RICMS-BA. Em 18/10/2010 o contribuinte solicitou a prorrogação do prazo por dez dias para atender à intimação. Em 03/01/2011, uma segunda intimação foi entregue. Em 05/01/2011 enviamos, via correio eletrônico, uma planilha para ajudar o contribuinte a localizar os documentos solicitados, porém passados exatos 122 (cento e vinte e dois) dias, desde a primeira intimação, nenhum documento fiscal e / ou contábil foi entregue à fiscalização da SEFAZ-BA. Tudo apurado conforme livro registro de apuração, planilha de cobrança - Anexo A (cuja cópia foi entregue ao contribuinte), intimações, pedido de prorrogação do prazo de entrega, correios eletrônicos, comprovação de envio e de leitura dos correios eletrônicos todos apensos a este PAF (o livro registro de apuração está em meio magnético). Foram também infringidos os dispostos nos § 3º e 4º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98. - Valor histórico: R\$2.533.800,07; percentual de multa aplicada: 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. O Contribuinte recolheu a menor o ICMS sobre o diferencial de alíquota referente à entrada de mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado e material de uso e consumo, tudo apurado conforme planilha de cobrança: Anexos B-1,B-2 (cujas cópias entregamos ao contribuinte), livro Registro de Apuração e Entradas, todos apensos a este PAF (os livros estão em meio magnético). - Valor histórico: R\$61.869,38; percentual de multa aplicada: 60%.

O autuado, impugnou o lançamento, fls. 41 a 51 e, de início, suscitou a tempestividade de sua defesa, cujo prazo se encerraria em 28 de fevereiro de 2011, data em que a mesma foi protocolada.

Quanto aos fatos narrados na peça vestibular, aduz que houve o estorno de débito, conforme termo previsto pelo Convênio ICMS 55/05, e que foi efetuado corretamente o cálculo do ICMS sobre o diferencial de alíquota relativo a janeiro, agosto a outubro e dezembro de 2006.

Quanto ao reconhecimento do estorno de débito realizado (infração 1), disse que está previsto na legislação baiana, conforme art. 112, Decreto nº 6284/97. Transcreveu o Convênio CONFAZ ICMS 126/98 do § 3º, I, alíneas “a”, “b” e “c”, que está de acordo com o dispositivo referente à recuperação do imposto destacado das notas fiscais, o que deve ser observado em procedimento específico.

No presente caso o Convênio CONFAZ ICMS 55/2005, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados para a prestação pré-paga de serviços de telefonia.

Verificou que a nota fiscal nº 010195 (Doc.2), relativa ao serviço de telecomunicação, prestado a não contribuinte em fevereiro de 2006, foi emitida em perfeita sintonia com o que determina a legislação acima citada – com o respectivo “destaque” do imposto devido e da emissão de acordo com o Convênio CONFAZ ICMS 55/05 e, que nesse mesmo sentido é a conclusão que se chega pela análise das Notas Fiscais (Doc.3), que comprovam a legalidade do estorno de ICMS relativo à janeiro de 2006.

Ressaltou que, nesta data (jan/2006), o autuado pôde localizar as respectivas notas fiscais, cujas vias originais se encontram à disposição da Superintendência de Administração Tributária, tendo, assim, o direito ao estorno do débito de ICMS, é incontestável.

Arguiu que foram glosados pela fiscalização, os valores relativos aos estornos de débito de ICMS, por entender que o autuado não comprovou com documentos fiscais e / ou contábeis, os valores escriturados em seu livro Registro de Apuração.

Assim, em razão das falhas sistêmicas, o autuado se viu impossibilitado de gerar a totalidade das notas fiscais de ativação de serviços pré-pagos, nos termos do disposto pelo Convênio ICMS 55/05, não deve ser a mesma punida como se nunca houvesse direito ao respectivo estorno com o consequente creditamento do ICMS. Com isso, os valores devidos foram lançados na rubrica “Outros Débitos”, objetivando garantir o cumprimento e recolhimento dos impostos no mês de competência, evitando qualquer prejuízo ao erário.

Salienta que para suportar e registrar a operação no livro fiscal de saída no mês seguinte ao recolhimento, era emitida nota fiscal global tributada das citadas ativações de serviços pré-pagos, assim, para não ocorrer bitributação, uma vez que, o ICMS já havia sido recolhido e lançado na apuração do mês imediatamente anterior (campo Outros Débitos), onde foi realizado o lançamento no campo Estorno de Débito, no mês de emissão da Nota Fiscal Global.

Alegou que por razões alheias à sua vontade, não pode localizar as notas fiscais que ora se apresenta, à época da fiscalização.

Cita julgado da JJF do CONSEF, relativo ao não atendimento de intimação e disse que a não observância do procedimento específico deveria ser considerada como um mero descumprimento de obrigação acessória, o que não ensejaria a cobrança integral dos valores estornados, mas, sim, na pior das hipóteses, a aplicação de uma multa administrativa, nos termos do artigo 140 do Regulamento do ICMS.

Transcreve ementa do CONSEF da 3ª JJF referente ao Auto de Infração destacando que “...A correção mediante “Estorno de Débito” do valor destacado a mais nas referidas notas fiscais não ocasionou qualquer prejuízo ao Estado. Aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 61, XXI, da Lei nº 4.825/89....”, e disse que não se verifica qualquer prejuízo ao erário, apesar de regularmente demonstrado nas notas fiscais, o autuado se viu obrigado a escriturar os respectivos débitos de ICMS de forma a impedir a bitributação.

Asseverou que o mero descumprimento de obrigação acessória não autoriza a exigência do tributo, pois, neste caso, não se concretiza o tipo previsto abstratamente na norma. Reitera que os princípios da legalidade e da tipicidade se encontram indissociavelmente ligados, isto porque o primeiro deles diz respeito à necessidade de lei, no sentido formal, para a criação de tributo, enquanto o segundo dispõe que apenas a concretização do tipo previsto na lei é capaz de autorizar a cobrança do tributo.

Afirmou que a exigência de tributo tem por fundamento a necessidade de arrecadação do Estado e, consequentemente, a expropriação de parte do patrimônio do contribuinte, que tem como séria consequência à diminuição de seu patrimônio, por isso que CF, em seu art. 150, tratou de estabelecer limitações ao poder de tributar vedando aos entes federativos “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. O disposto no art. 150 da CF é corolário do princípio da estrita legalidade tributária, segundo o qual não há tributo sem lei que o preveja e, em consequência, a lógica do princípio da estrita legalidade tributária só pode nascer quando se concretizar o tipo descrito em Lei, como disse Geraldo Ataliba, em mera hipótese de incidência abstrata.

Quanto à infração 02, alega que também está de acordo com o art. 69 do RICMS: “*a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem*”. Transcreve o art. 72, I, faz a mesma referência citada, e o entendimento do autuado, referente ao cálculo realizado para pagamento do diferencial de alíquotas, realizado de forma como determina a Lei, assim não deve ser cobrada de qualquer suposta diferença.

Aduz que, apesar de todos os esforços depreendidos, no sentido de recuperar todas as notas fiscais que comprovam a regularidade do cálculo efetuado, as referidas notas não puderam ser disponibilizadas, até o presente momento, razão pela qual, requer seja determinada a realização de diligência para comprovação dos fatos apontados.

Finalizou pedindo que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente e que seja realizada diligência fiscal para verificação do cálculo efetuado no recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota.

Os autuantes na informação fiscal, fls. 77 e 79, informaram que a fiscalização da SEFAZ/BA acatou a apresentação das 05 (cinco) notas fiscais e, a Nota Fiscal nº 010195 (Doc. 02), relativas aos serviços de telecomunicações prestados em janeiro e fevereiro de 2006, respectivamente.

Quanto à infração 2, o autuado não apresentou argumentos convincentes, tampouco documentos que os sustentem.

Quanto ao pedido de perícia, ficou evidente que é meramente procrastinatório e o assunto independe de conhecimento de técnicos especiais, portanto, o tal pedido além de ser descabido não possui amparo legal para sua concessão, conforme o RPAF, art. 147, II, citado.

Concluiu mantendo a infração 2, e a infração 1, foi elidida, com a apresentação de documentos acostados aos autos.

VOTO

Inicialmente, nego o pedido de diligência, ou de perícia fiscal, com base no art. 147, I, II do RPAF/99, (Decreto nº 7.629/99), pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca das matérias trazidas na lide.

Ressalto que não se inclui na competência deste orgão julgador a declaração de constitucionalidade de Lei ou de ato normativo, art. 167, do RPAF/99.

Quanto à alegação de multa confiscatória, as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, aprovada pela Assembléia Legislativa deste Estado.

Na infração 1 está sendo exigido ICMS relativo a estorno de débito, efetuado nos meses de janeiro de 2006, e de fevereiro de 2006, nos valores respectivos de R\$ 51.159,60 e de R\$ 2.482.640,47.

Trata-se de fornecimento de serviços de telefonia, nas modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que, por

meios eletrônicos, regulados pelo Convênio CONFAZ ICMS 55/05, que dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia. Caso em que será emitida nota fiscal de Serviços de Telecomunicação – Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização, para utilização de créditos passíveis em terminal de uso particular, por ocasião de sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade Federada onde o terminal estiver habilitado.

A disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.

Embora tenha seguido esses trâmites, o defendant alegou que por falhas sistêmicas, o autuado se viu impossibilitado de gerar a totalidade das notas fiscais de ativação de serviços pré-pagos, nos termos do disposto pelo Convênio ICMS 55/05, e, em virtude deste fato procedeu aos estornos de ICMS, cujos valores foram lançados na rubrica “Outros Débitos” objetivando garantir o cumprimento e recolhimento dos impostos no mês de competência, evitando qualquer prejuízo ao erário.

Na defesa o sujeito passivo apresenta os documentos fiscais relativos a tais estornos, conforme Nota Fiscal nº 10195, de 21.02.2006, ICMS no valor de R\$ 2.482.640,47, fl. 67, (prestação pré-paga dos serviços de telecomunicações), ref. a janeiro/06, e notas fiscais de fls 69 a 73, ICMS que perfaz o total de R\$ 51.159,60.

O autuante reconheceu que a infração encontra-se elidida com a apresentação das notas fiscais acima, no que acompanho. Infração insubstancial.

Quanto à infração 2, relativa ao ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, consta que houve o recolhimento a menos do ICMS referente às entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e material de uso e consumo, conforme a planilha de fls. 09 a 15 do PAF.

A obrigação de recolher o valor do imposto pertinente ao diferencial de alíquotas nasce com a entrada no estabelecimento de mercadorias originárias de outro Estado, destinadas a consumo ou ativo imobilizado, e corresponde à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O sujeito passivo não trouxe a comprovação do efetivo pagamento dos valores que lhe estão sendo exigidos, de sorte que a infração fica mantida na íntegra.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279692.0004/11-3, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.869,38**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR