

A. I. N° - 2740680018/10-1
AUTUADO - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA, EDINALDO AVELINO DE PAIVA e PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.07.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0175-02/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) JANEIRO A JUNHO DE 2006. O autuado não comprovou com elementos hábeis de prova a legitimidade do estorno de débito realizado. Infração subsistente; b) AGOSTO DE 2006. Infração reconhecida pelo autuado, mantida a exigência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$3.685.905,98, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro a junho de 2006. 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”, baseado no § 3º da cláusula terceira do Convênio 126/98 e Convênio 29/01. Valor histórico R\$3.405.738,03;

Infração 2 – efetuou o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

O contribuinte creditou-se, em agosto, no CFOP 1205 – Anulação de valor relativo à Prestação de Serviço de Comunicação e efetuou lançamento de estorno de débito no campo outros créditos do Livro de Apuração como AJUSTE DE TELECOM – CONVÊNIO 39/2001 baseado no § 3º da cláusula terceira do Convênio 126/98 e Convênio 39/01.

O Estado da Bahia, em 7 de julho de 2006, através do Convênio 59/06, aderiu ao Convênio 123/05, que autoriza as unidades federadas a não aplicar o disposto no § 3º da cláusula terceira do Convênio 126/98. Também de acordo com o § 4º do art. 569-A do RICMS não se aplica as regras referentes a estorno de débito constantes no §3º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98.

Período autuado: Agosto de 2006

Consta, ainda, que o contribuinte foi intimado a apresentar os elementos comprobatórios determinados no § 4º da cláusula terceira do Convênio nº 126/98, sobre os referidos estornos, contudo, a documentação apresentada não contém os elementos comprobatórios. 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. Valor histórico R\$ 280.167,96.

O autuado, às fls. 67 a 87 dos autos, apresenta a impugnação afirmando que, conforme restará a seguir demonstrado, a Impugnante se empenhou na obtenção do maior volume possível de documentos hábeis a comprovar a correção do procedimento por ela adotado.

Alinha que os estornos de débitos de ICMS realizados pela Impugnante (mediante o aproveitamento de créditos do imposto) e que estão sendo questionados por meio da presente autuação se referem a situações que não configuram fato gerador do imposto estadual, de modo que referidos estornos foram legitimamente efetuados, motivo pelo qual se impõe o cancelamento dos supostos débitos de ICMS exigidos.

Consigna que diversas são as situações que ensejaram os estornos de débitos ora questionados, os quais estão relacionados, juntamente com os respectivos valores, para cada um dos períodos autuados na relação anexa (Doc. 03).

Afirma que os estornos de débitos de ICMS realizados pela Impugnante são relativos a três situações distintas, a saber: (I) não prestação do serviço de comunicação; (II) prestação não onerosa do serviço de comunicação; (III) problemas de parametrização no sistema de faturamento da empresa para o pronto cancelamento de linhas telefônicas, quando solicitado pelos clientes, tendo sido registrados valores relativos a serviços não efetivamente prestados; (IV) dupla tributação (pela Impugnante e suas congêneres, que efetivamente prestaram os serviços) relativamente aos serviços de longa distância utilizados pelos clientes da Impugnante que utilizam o plano franquia, também em virtude de erros no sistema de faturamento da empresa.

Afirma que todas essas hipóteses serão abordadas de forma individualizada e pormenorizada a seguir, de modo a demonstrar que em nenhuma das situações ora discutidas está caracterizado o fato gerador do ICMS, razão pela qual os valores já recolhidos a esse título podem ser apropriados pela Impugnante a título de estorno de débitos, a teor do quanto disposto no Convênio 39/01.

Aduz que foram levantadas pela Impugnante, por amostragem, algumas notas fiscais emitidas para documentar os estornos de débitos por ela efetuados, as quais demonstram de forma cabal que uma parcela considerável dos estornos de débitos efetuados se refere a anulações decorrentes do *write-off* e ao plano franquia, conforme demonstra o quadro abaixo:

NF	Data	CFOP	Descrição	Valor (R\$)	ICMS	Referência
2280	31/3/2006	1205	Anulação - GSM	1.400.385,12	350.096,28	Doc. 04
2281	31/3/2006	1205	Anulação (write off) GSM	1.356.146,52	339.036,63	Doc. 05
2282	31/3/2006	1205	Anulação (write off) GSM	1.437.130,80	359.282,70	Doc. 06
2283	31/3/2006	1205	Anulação (write off) GSM	1.397.204,80	349.301,20	Doc. 07
2294	28/4/2006	1205	Estorno débito plano franquia	1.903.091,24	475.772,81	Doc. 08
2298	30/4/2006	1205	Estorno débito plano franquia	1.076.201,89	290.574,51	Doc. 09
2299	31/5/2006	1205	Estorno débito plano franquia	1.027.219,52	277.349,27	Doc. 10
2003	30/6/2006	1205	Estorno débito plano franquia	1.024.700,37	276.428,50	Doc. 11
2005	31/7/2006	1205	Estorno débito plano franquia	919.676,63	248.118,28	Doc. 12

Quanto à Infração 2 supra descrita, aduz que, relativo aos estornos de débitos efetuados no período de apuração de agosto de 2006, quando, de acordo com autuantes, não mais se aplicava as disposições do Convênio 129/98 no Estado da Bahia, informa que efetuará o recolhimento integral dos valores exigidos, com os benefícios de redução da multa previstos na legislação estadual.

Contesta a infração 01, aduzindo que, em relação à possibilidade de estorno de débitos referentes às situações que não configuram hipótese de incidência do imposto o artigo 155, da Constituição Federal outorga aos Estados e ao Distrito Federal competência para a instituição do ICMS. Assim, 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. Com

relação aos demais serviços, a Constituição Federal outorga competência tributária para os Municípios de acordo com o artigo 156, inciso III.

Entende que o artigo 146, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, exige que os fatos geradores dos impostos previstos na Constituição Federal estejam previstos em lei complementar, foi editada a Lei Complementar 87/96, que, em seus artigos 2º, inciso III e 12, inciso VII, assim prevêem:

“Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;”

Consigna que 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, trazendo lição de Roque Carrazza.

Considera restar 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. Fora de tal hipótese, não há que se falar em tributação por meio do ICMS pelos Estados e Distrito Federal.

Assegura que uma vez comprovado que não houve a prestação do serviço por erro apresentado no sistema da Impugnante chega-se à inafastável conclusão de que os valores pagos a título de ICMS sobre os serviços não prestados foram indevidamente recolhidos.

Complementa 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.

Nesse sentido traz ensinamentos doutrinários de Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa.

Argui que, na hipótese ora em análise, os valores de ICMS estornados pela Impugnante 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.

Considera que em todos os casos, deve ser ressaltada a inexistência de prestação de serviços de telecomunicação pela Impugnante ao cliente indicado nas notas fiscais, na medida em que inexistente o acordo de vontade entre ele e a Impugnante.

Aduz que, por determinação da ANATEL, órgão regulador do setor de telecomunicações, e, especificamente no que se refere à Impugnante, 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.

Entende que após comunicação de sua reclamação, a Impugnante passa à análise da procedência da reclamação realizada pelo consumidor. Em caso de procedência da contestação do consumidor, a Impugnante realiza a devolução dos valores pagos de forma indevida, procedendo ao estorno do débito do ICMS.

Assegura que na hipótese de se constatar a ausência de prestação do serviço de telecomunicação, a Impugnante efetua o cancelamento da NFST, sem que seja exigido qualquer valor do cliente e, por essa razão, promove o estorno do débito de ICMS.

Argumenta que não há onerosidade nos serviços prestados pela Impugnante e que, por algum motivo, deram ensejo ao cancelamento da NFST e, consequentemente, 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.

Resume seu argumento afirmando que: “*seja pelo fato de inexistir prestação de serviços de telecomunicação, por ausência de acordo de vontades entre cliente e Impugnante, 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, efetuado pela Impugnante.*”

Alinha doutrina de André Mendes Moreira, em artigo 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.

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

Afirma que a Impugnante é pessoa jurídica prestadora de serviços de telecomunicação na modalidade de telefonia móvel em diversos Estados do território nacional, inclusive o Estado do Ceará, nos termos das concessões a ela outorgadas. Por ocasião da prestação dos referidos serviços, a Impugnante 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.

Sendo a Impugnante 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 316/2002, vigente à época dos fatos e nos termos do artigo 60 do referido Regulamento, uma vez recebida a NFST, o consumidor tem o direito de questionar os valores dele exigidos, devendo contestar a exigência na forma escrita, verbal ou por qualquer meio de comunicação à distância. Reproduzindo a seguir o aluído dispositivo:

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

§1º A contestação de débitos pode ser apresentada pessoalmente pelo Usuário, ou por seu representante legal, na forma escrita ou verbal, podendo valer-se de qualquer meio de comunicação à distância.

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

§3º A prestadora deve responder os questionamentos previstos neste artigo no prazo de até 30 (trinta) dias contado da contestação. (g.n.)

Assegura que após o recebimento da reclamação do usuário, a Defendente deve passar a analisá-la, 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, a Defendente (I) realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente, (II) 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.

Aduz que o referido procedimento é validamente adotado pela Impugnante, tanto que, em atenção às solicitações da fiscalização, foram apresentados os relatórios internos referentes a todo o período objeto da autuação e os valores estornados pela Impugnante 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. Tais situações são detalhadas nos relatórios internos da empresa, elaborados de acordo com as disposições do Convênio ICMS nº 39/01, os quais inclusive já foram entregues às autoridades fiscais e, inclusive, instruem a presente Impugnação, como anexos ao Laudo Técnico (Doc. 13).

Entende que de qualquer forma, essas situações não configuram hipótese de incidência do ICMS, como passa a demonstrar a impossibilidade da plena observância das exigências para o estorno dos débitos estabelecidas pelo Convênio 39/01.

Aponta que o Convênio ICMS 126/98 estabelece a possibilidade de que, em casos de faturamento indevido aos clientes das prestadoras de serviços de telefonia, os valores do ICMS destacado na nota fiscal originária poderão ser recuperados, se houver o cancelamento do documento fiscal e o valor restituído ao cliente.

Complementa que o referido convênio foi posteriormente alterado pelo Convênio ICMS 39/01, que estabeleceu o procedimento a ser observado em casos de estorno de débitos, nos §§ 3º e 4º da Cláusula Primeira, compreendendo: (I) a elaboração de relatório interno contendo o número, data de emissão, valor total, base de cálculo e valor do ICMS constantes nos documentos fiscais objeto de estorno; o valor da prestação de serviço e o ICMS correspondente ao estorno; os motivos determinantes do estorno e a identificação do número de telefone para o qual o serviço foi refaturado, se for o caso; (II) a apresentação das NFSTs emitidas para documentar os estornos de débitos, cujos valores deverão coincidir com os informados no relatório interno; (III) apresentação dos elementos comprobatórios das informações constantes no relatório interno.

Afirma que o relatório interno relativo aos períodos de apuração autuados foi devidamente apresentado pela Impugnante ainda na fase de fiscalização. Frisa que as informações constantes em tais relatórios atendem exatamente o quanto disposto no Convênio 39/01.

Assegura que em relação às demais exigências documentais formuladas, a prova exigida pelo convênio é tão difícil e tortuosa a ponto de beirar o impossível. Isto porque apesar de os valores apropriados como créditos pela Impugnante em razão dos estornos de débitos por ela efetuados serem consideráveis, tais valores decorre de inúmeras reclamações pulverizadas, muitas delas de valor reduzido.

Entende que tal situação está diretamente relacionada à natureza das atividades prestadas pela Impugnante, uma vez que apesar de contar com uma ampla carteira de clientes, os valores faturados mensalmente a cada um deles não são expressivos face ao montante global, tendo em vista o elevado volume de operações praticado pela Impugnante e, consequentemente, o alto contingente de reclamações formuladas por seus clientes.

Em outras palavras, complementa o autuado, os seus faturamentos, bem assim os estornos dos débitos de ICMS por ela realizados, só alcançam valores consideráveis em razão da somatória dos valores, muitas vezes ínfimos, gerados por diversos clientes em cada mês.

Apresenta a título de exemplo, caso um determinado cliente receba, em sua fatura, a cobrança indevida de um SMS (mensagem de texto) e opte por reclamar a restituição de tais valores, tal reclamação teria de ser comprovada não apenas no relatório interno da Impugnante, mas também por meio da NFST restituindo o valor e dos demais documentos relativos à reclamação, ao seu processamento e atendimento.

Consigna que o volume dos documentos gerados, a observar-se tal procedimento, seria enorme, sendo que, na maioria dos casos, seriam necessários diversos documentos para que a Impugnante pudesse estornar débitos de ICMS de valor irrisório, levando-se em consideração até mesmo os gastos em que incorreria para a produção dessas provas.

Destaca outra situação que merece atenção diz respeito às hipóteses em que, por uma falha no sistema da Impugnante, há uma cobrança indevida de valores. Questiona: “*quais seriam os elementos comprobatórios aptos a autorizar o estorno, senão o próprio relatório gerencial?*”.

Consigna que, a exigência de “elementos comprobatórios” relativos à totalidade das operações que ensejaram os estornos de débitos efetuados pela Recorrente caracteriza verdadeira prova impossível, sendo inviável sua produção de forma exaustiva, até mesmo em virtude do elevado volume de operações da Impugnante, já abordado anteriormente.

Procura demonstrar a legitimidade dos estornos de débitos efetuados afirma ter contratado uma consultoria (KC Consultoria Tributária com Tecnologia) especializada a fim de que fossem elaborados laudos relativos aos estornos efetuados.

Aduz que um dos critérios adotados pela Consultoria a fim de verificar o procedimento adotado pela Impugnante foi o confronto dos valores estornados com os recolhimentos efetuados anteriormente. Nesse ponto foi verificado que, para o período de janeiro a agosto de 2006, 83% (oitenta e três por cento) 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 atesta a página 16 do Laudo Técnico.

Consigna que os laudos englobam, ainda, a realização de testes de aderência, com as 5 (cinco) contestações de maior valor de cada um dos meses autuados, nos quais são verificados os seguintes pontos:

Janeiro de 2006		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 1.082,23
2	AJFRD - Adj Fraude	R\$ 798,99
3	FALI - Falha de Sistema	R\$ 662,45
4	Tarifa Zero (Proced)	R\$ 547,60
5	AJFRD - Adj Fraude	R\$ 70,00
Fevereiro de 2006		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	TZERL-Tarifa Zero	R\$ 233,81
2	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 750,00
3	FALI - Falha de Sistema	R\$ 375,33
4	AJFRD - Adj Fraude	R\$ 35,00
5	AJFRD - Adj Fraude	R\$ 256,62
Março de 2006		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 4.700,00
2	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 3.100,00
3	Serviço de Dados (Proced)	R\$ 1.903,18
4	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.250,00
5	FALI - Falha de Sistema	R\$ 1.094,97
Abril de 2006		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 750,00
2	AJGOVL - Adj Conta Governo	R\$ 693,47
3	Tarifa Zero (Proced)	R\$ 562,57
4	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 517,31
5	FALI - Falha de Sistema	R\$ 61,92

<u>Maio de 2006</u>		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 7.478,49
2	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 3.671,70
3	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 3.611,15
4	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.775,00
5	Cadastro Indev ou Inc (Proced)	R\$ 1.750,00
<u>Junho de 2006</u>		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 2.092,27
2	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.645,73
3	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.593,03
4	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.532,70
5	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.300,00
<u>Julho de 2006</u>		
	Motivo do Ajuste	Valor do Ajuste
1	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 2.610,00
2	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 2.067,54
3	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.675,00
4	Dados GPRS (Sist)	R\$ 1.642,94
5	FALSI - Falha de Sistema	R\$ 1.596,00

Informa que os casos relativos a agosto de 2006, embora constem do Laudo Técnico anexo, não serão aqui apreciados em virtude de sua decisão de efetuar o recolhimento de tais valores.

Requer sejam admitidos os laudos elaborados pela empresa de consultoria como meio de prova complementar aos relatórios internos já apresentados.

Afirma que em razão do elevado volume de operações da Impugnante, decorrente até mesmo da natureza de suas atividades, o levantamento da documentação que suporta os estornos efetuados é um trabalho bastante árduo e impossível de ser realizado de forma exaustiva.

Conclui que a análise conjugada da legislação que disciplina os estornos e do Laudo Técnico anexo à presente Impugnação, que indica inclusive os motivos que ocasionaram os estornos de débito, conduz à inarredável conclusão de que essas situações não configuram hipótese de incidência do ICMS, como se passa a demonstrar.

Quanto aos estornos de débitos relativos ao *Write Off*, afirma que tiveram por origem o indevido faturamento de valores decorrente do incorreto reconhecimento, pelo seu sistema de informações, do exato momento em que os seus clientes solicitaram a interrupção dos serviços de telefonia contratados (*Write Off*).

Afirma que por questões de ordem técnica, no mais das vezes, o sistema operacional da Impugnante não permite que se faça um corte no processamento de informações, a fim de que os pedidos de cancelamentos feitos pelos clientes sejam prontamente registrados. Por conta disso, continua o autuado, esses pedidos de cancelamento somente são registrados por ocasião do fechamento do correspondente ciclo de processamento de informações. Por esse motivo, a contabilidade da empresa fatura indevidamente valores referentes a serviços de telecomunicações que não foram efetivamente prestados.

Exemplifica: “se um cliente solicita o cancelamento de sua linha telefônica no dia 15 de um mês e esse pedido somente é registrado no sistema de informação da Recorrente no

dia 30 do mesmo mês, automaticamente, ocorre o indevido registro em sua contabilidade de valores equivalentes a serviços prestados durante 30 dias, quando o correto seria o registro contábil de faturamento relativo há 15 dias. É em razão desse problema de ordem técnica, portanto, que a Impugnante realiza os devidos ajustes em sua contabilidade, com lançamento de créditos de ICMS a recuperar.”

Aduz que todos esses créditos de ICMS (ajustes) foram desconsiderados pela fiscalização estadual, a qual entendeu equivocadamente se tratar de hipótese de indevido creditamento de imposto por comprovação inadequada.

Em relação aos estornos referentes ao Plano Franquia, explica inicialmente que o Plano Franquia consiste num contrato em que o cliente paga um valor mensal à Impugnante e tem direito a utilizar determinados minutos da forma que melhor lhe convier. Para facilitar a compreensão, utilizaremos como exemplo a contratação de pacote de 100 (cem) minutos, tomando como base uma fatura de R\$100,00 (cem reais).

Aduz que, quando o cliente resolve utilizar os 100 (cem) minutos em ligações interurbanas através de outras operadoras, em sua fatura constará duas notas fiscais, conforme modelo simplificado abaixo:

NOTA FISCAL

CLARO

Período	Valor	Data de Vencimento
01/07/06 a 01/08/2006	R\$ 100,00	05/08/2006

Serviços Incluídos na Franquia Contratada

Data	Hora	Origem – Destino	Número	Duração	Tarifa (R\$)	Tipo	Valor (R\$)
Total			0h00m00s		R\$ 0,00		
Imposto	Alíquota		Base de Cálculo		Valor do imposto		
ICMS	27%		R\$ 100,00		R\$ 27,00		

INTERURBANOS

Data	Hora	Origem – Destino	Número	Duração	Tarifa (R\$)	Tipo	Valor (R\$)
Xxxx	Xxx	Xxxxx	Xxxxx	Xxxxxx	Xxxxxxx	Xxxx	Xxxxx
Total			1h40m00s		R\$ 100,00		
Imposto	Alíquota		Base de Cálculo		Valor do imposto		
ICMS	27%		R\$ 100,00		R\$ 27,00		

Afirma que do modelo de nota fiscal acima depreende-se que, embora ocorra apenas uma prestação de serviços de comunicação pela operadora x, por um lapso, o sistema de cobrança da Impugnante equivocadamente destacou o ICMS sobre o valor total do Plano Franquia, como se o serviço fosse por ela prestado integralmente (no exemplo, sobre os R\$ 100,00). Enquanto isso, na nota fiscal da operadora x, o ICMS é corretamente destacado e também recolhido. Ou seja, no caso concreto, acaba por ocorrer dupla tributação sobre uma única prestação de serviço, uma vez que são recolhidos a título de ICMS R\$54,00 (cinquenta e quatro reais), metade de cada operadora.

Assim, complementa o autuado, verificado que a Impugnante não praticou o fato gerador do tributo, não resta alternativa à Impugnante senão o creditamento do ICMS, que, repita-se, vem sendo feito nos termos do Convênio nº 39/01.

Assegura que o ‘Plano Franquia’ foi avalizado pela ANATEL e consiste apenas numa forma de cobrança que cria uma comodidade para o cliente, o qual tem à sua disposição determinada

quantia para consumir na forma que lhe for mais conveniente, seja realizando chamadas locais, seja fruindo de serviços de valor adicionado, seja completando chamadas de longa distância.

Complementa que em decorrência de um erro na parametrização do sistema da Impugnante ocorreu a dupla tributação (pela Impugnante e pela operadora de longa distância) dos valores relativos aos serviços prestados pelas empresas congêneres, razão pela qual se faz necessário o reconhecimento da legitimidade dos estornos de débitos efetuados.

Conclui aduzindo que, diante de todo o exposto, há de se concluir que os estornos de débitos efetuados pela Impugnante e questionados por meio do presente Auto de Infração se devem às seguintes situações: (I) Não prestação do serviço de comunicação; (II) Prestação não onerosa do serviço de comunicação; (III) Problemas de parametrização no sistema de faturamento da empresa para o pronto cancelamento de linhas telefônicas, quando solicitado pelos clientes, tendo sido registrados valores relativos a serviços não efetivamente prestados (*Write Off*); (iv) Dupla tributação (pela Impugnante e suas congêneres, que efetivamente prestaram os serviços) relativamente aos serviços de longa distância utilizados pelos clientes da Impugnante que utilizam o plano franquia, também em virtude de erros no sistema de faturamento da empresa.

Entende que nenhuma dessas hipóteses está apta a deflagrar a incidência do ICMS, quer pelo fato de a Impugnante não ter prestado o serviço correspondente a tais valores, tendo inclusive estornado eventuais cobranças indevidas geradas contra seus clientes, quer pelo fato de os serviços não se revestirem de caráter oneroso, imprescindível à tributação.

Pede o acolhimento da sua impugnação, na medida em que aproveitamento de créditos de ICMS glosados pela fiscalização (estornos de débitos) foi legitimamente realizado com amparo nas disposições do Convênio ICMS nº 39/01.

Protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, bem como pela sustentação oral de suas razões por ocasião do julgamento da presente Impugnação.

Requer, por fim, 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.

Os autuantes, às fls. 396 a 404, apresentam a informação fiscal alegando repetindo as razões da defesa de que os estornos de débitos efetuados pela impugnante e questionados por meio do presente Auto de Infração se devem às seguintes situações:

- 1) *não prestação de serviço de comunicação, e, devido à impossibilidade de levantar os documentos comprobatórios exigidos no Convênio 126/98, apresenta como alternativa laudo técnico;*
- 2) *prestação não onerosa do serviço de comunicação;*
- 3) *problema de parametrização no sistema de faturamento da empresa para o pronto cancelamento de linhas telefônicas, quando solicitados pelos clientes, tendo sido registrados valores relativos a serviços não efetivamente prestados (White off);*
- 4) *dupla tributação (pela impugnante e suas congêneres, que efetivamente prestaram os serviços) relativamente aos serviços de longa distância utilizados pelos clientes da impugnante que utilizam o plano franquia, também em virtude de erros no sistema de faturamento da empresa.*

Quanto a não prestação de serviço de comunicação, informam que a defendant alega ter procedido ao estorno de débito dentro da legislação, utilizando a documentação devida, porque não houve prestação de serviço contratado em função da ocorrência de fraude, clonagem, serviços não reconhecidos, falha no sistema, cadastro indevido entre outras questões. Portanto, o ICMS anteriormente destacado deve ter o referido estorno.

Afirmam os autuantes que, sendo a defendante empresa prestadora de serviços de telecomunicações, está sujeita às normas regulamentadoras expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, anexo à Resolução nº 316/2002, §§ 1º, 2º e 3º, vigente à época dos fatos), por ele reproduzidos.

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

§1º A contestação de débitos pode ser apresentada pessoalmente pelo Usuário, ou por seu representante legal, na forma escrita ou verbal, podendo valer-se de qualquer meios de comunicação à distância.

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

§3º A prestadora deve responder os questionamentos previstos neste artigo no prazo de até 30 (trinta) dias contado da contestação.”

Aduzem que os valores de ICMS estornados têm origem nas reclamações realizadas pelos clientes por diversos motivos, entre os quais: serviços em duplicidade, cobrança sem as correspondentes prestações de serviços, cobrança de serviços não contratados, clonagens, dentre outros.

Asseguram que, após análise da reclamação e se a mesma for procedente, a defendante realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente e procede ao estorno do débito de ICMS destacado na NFST.

Entendem que, em tese, o procedimento da impugnante está inicialmente correto, porém, para realmente fazer jus ao estorno de débito, ela deve comprovar o direito ao estorno, com a apresentação da documentação, que segundo a impugnante, utilizou quando da efetivação do estorno. Se o cliente da defendante fez a reclamação deve existir uma OS ou protocolo de atendimento e isto não foi apresentado. Se a defendante realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente, a impugnante tem de provar esta devolução.

Cita os parágrafos 3º e 4º da cláusula 3ª do Convênio 126/98:

“§ 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:

...

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

Consignam que, desta forma, faz-se necessário que a defendante também prove que assumiu o encargo financeiro do tributo ao devolver o ICMS indevidamente cobrado ou exonerá-lo de débito, no momento da defesa.

Cita o art. 73 do RPAF/BA:

*“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado **por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente**, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.”(nossos grifos)*

Cita os artigos 123 do RPAF:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
II - se refira a fato ou a direito superveniente;
III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.”

Asseguram que a impugnante foi intimada para apresentar a documentação comprobatória definida no § 4º da cláusula 3ª do Convênio 126/98, conforme intimações de 21/09/10 (folhas 5). A impugnante não apresentou, no prazo da legislação tributária do Estado da Bahia, os elementos comprobatórios. Não tendo comprovado o direito ao estorno de débito o Auto de Infração foi lavrado.

Lembra a firmação da impugnante de que as exigências de provas feitas pelo convênio são tão difíceis e tortuosas a ponto de beirar o impossível.

Afirmam que, apesar de contar com uma ampla carteira de clientes, os valores faturados mensalmente a cada um deles não são expressivos face ao montante global, tendo em vista o elevado volume de operações praticado pela empresa. Desta forma, apesar de os valores apropriados como créditos pela impugnante em razão dos estornos de débitos por ela efetuados serem consideráveis, tais valores decorrem de inúmeras reclamações pulverizadas, muitas delas de valores reduzidos.

Argumentam que o volume dos documentos gerados, a observar-se tal procedimento, seria enorme sendo que, na maioria dos casos, seriam necessários diversos documento para que a impugnante pudesse estornar débitos de ICMS de valor irrisórios, levando-se em consideração até mesmo os gastos em que incorreria para a produção dessas provas.

Entendem que a alegação da impugnante não procede, deixando claro que ela se contradiz. Primeiro ela efetua a análise da reclamação e se a mesma for procedente, a defendant realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente e procede ao estorno do débito de ICMS destacado na NFST. Depois afirma que impossível fazer o levantamento de provas. Ora, se a impugnante fez análise da reclamação, é porque existem provas que podem ser levantadas, logo existe um processo de avaliação de dados. Então porque não descreveu o processo para cada tipo de estorno e deu acesso aos dados que foram analisados como o sistema de faturamento e sistema de cobrança. Durante a apuração de fatos através de procedimento interno o processo de verificação deveria ter sido arquivado para ser apresentado agora, independente do respectivo custo. Não é possível levantar um valor correto sem um processo devidamente documentado. Como foi feito o levantamento do valor sem documentá-lo? Por este motivo, entende que a alegação da impugnante que é impossível levantar provas não é cabida.

Afirmam que para justificar os valores lançados como estorno de débito a impugnante apresentou um lauto técnico concluindo que 83% 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. Logo, os autuantes concluem que, segundo a própria impugnante, 17% do valor estornado não foi identificado, consequentemente, não pode ser confirmado que sofreu tributação, portanto, não faz jus ao estorno de débito.

Afirmam ainda que no laudo técnico, folhas 144, a consultoria descreve que o cliente discorda de parte do valor cobrado, faz a reclamação e a atendente analisa a reclamação do cliente, mas não descreve como esta análise é feita. Aludem que na defesa, a impugnante apresentou as notas fiscais faturas de serviço de telecomunicação (doc. 13, folhas 128 a 393) que são exemplo de apenas 7 dos 30 motivos elencados no relatório. Entendem que Estes documentos totalizam R\$15.017,52 em estorno de débito de um total de R\$3.405.738,02, ou seja, 0,44094 % (menos de um por cento), portanto a amostra não é representativa em relação ao total.

Relatam que, segundo o contribuinte, foi apresentada documentação relativa aos 5 maiores valores de cada mês (janeiro a julho). Com exceção das notas 55.597, 20.008 e 73.083 de março e 45.752, 53.729 e 6.137 de maio, as demais não atendem ao critério das 5 maiores.

Asseguram que a documentação apresentada como amostragem não atende ao que foi solicitado na intimação. A impugnante não anexou os documentos que o atendente se baseou para fazer a análise. Na maioria dos casos existe a decisão para estorno do débito sem a justificativa. Em alguns casos o valor estornado inclui juros, que não é tributado e mesmo assim a defendanté pratica o estorno de débito (folhas 263, 269, 282, 288, 293 entre outras).

Afirmam que, em relação à fraude e clonagem as notas não foram analisadas, pois não existe o direito ao estorno de débito nestes casos, conforme analisados a seguir.

Não consideram os documentos apresentados com prova do direito ao estorno de débito. Ratifica a infração 01.

Quanto à prestação não onerosa do serviço de comunicação, reproduzem o argumento da impugnante, de que, seja pelo fato de inexistir prestações de serviços de telecomunicação, por ausência de acordo de vontade entre cliente e defendanté, seja por não restar caracterizada a onerosidade nos serviços indicados nas NFST's, não há a incidência de ICMS sobre os serviços que ensejaram os estornos de débitos efetuados pela defendanté. Contudo, afirmam os autuantes, 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. Caso a tese sobre fraude seja aceita, estaria sendo criada uma nova modalidade de extinção do crédito tributário.

No que se refere ao Write Off, aludem que, de acordo com a recorrente write off é o período entre a data do pedido de cancelamento da prestação de serviço por parte do usuário e dia final do período de faturamento. Em decorrência a erro na parametrização, este período estava sendo indevidamente incluído na fatura. Para efetuar a correção, a impugnante emitiu as notas fiscais 2.280, 2.281, 2.282 e 2.283, documentos 4 a 7 (folhas 112 a 119), no mês de março/2006, com a descrição anulação (Write Off) GSM, no valor de R\$ 1.397.716,81 (hum milhão, trezentos e noventa e sete mil, setecentos e dezesseis reais e oitenta e um centavos).

Segundo a defendanté, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, no entanto, todos esses créditos de ICMS (ajustes) foram desconsiderados pela fiscalização estadual, a qual entendeu equivocadamente se tratar de hipótese de indevido creditamento de imposto por comprovação inadequada.

Aduzem que a tese da impugnante não procede, pois o lançamento de anulação (Write Off) GSM é uma forma de estorno de débito e como tal esta sujeita as normas dos parágrafos 3º e 4º da cláusula 3º do Convênio 126/98. As notas fiscais não foram apresentadas no momento da fiscalização. No momento da defesa só foram apresentadas as notas com a simples descrição do item: "anulação (Write Off) GSM". Argumentam que apenas a descrição do item não é suficiente para constituir prova. Entendem que não consta, por exemplo, a relação das notas supostamente sujeitas ao write off, seus respectivos valores, nome do usuário, período reclamado, da documentação comprobatória, além da indicação e comprovação de que os supostos débitos indevidos foram restituídos ou o cliente não efetuou o pagamento. Portanto, concluem que não foi comprovado o direito ao estorno de débito referente ao write off.

Questionam a inexistência dos documentos em que a impugnante se baseou para emitir a nota fiscal. Afirama que, para convalidar tais dados é necessário acesso ao sistema de faturamento e cobrança.

No que se refere à dupla tributação do Plano Franquia, reproduzem inicialmente a explicação do autuado do que é Plano de Franquia para afirmar que as notas apresentadas pela recorrente não

são suficientes para elidir a autuação, pois o lançamento de estorno de débito plano franquia é uma forma de estorno de débito e como tal esta sujeita as normas dos parágrafos 3º e 4º da cláusula 3º do Convênio 126/98. Entendem que as notas fiscais não foram apresentadas no momento da fiscalização. No momento da defesa só foram apresentadas as notas com a simples descrição do item: “estorno de débito plano franquia”. Entendem que apenas a descrição do item não é suficiente para constituir prova. Não consta, por exemplo, a relação das notas supostamente sujeitas ao plano franquia, seus respectivos valores e indicação e comprovação de que o suposto débito indevido foram restituídos ou o cliente não efetuou o pagamento. Portanto, não foi comprovado o direito ao estorno de débito referente ao plano franquia.

Questionam a inexistência dos documentos em que a impugnante se baseou para emitir a nota fiscal. Para convalidar tais dados é necessário acesso ao sistema de faturamento e cobrança.

Informam que em relação à infração 02, a impugnante efetuou através dos DAE's 552.717.951 e 552.718.040.

Conclui que, tudo quanto aqui exposto, manem a exigência fiscal.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 408 e 409 dos autos, para reconhecer a infração 02 e apresentar o DAE de recolhimento com o aproveitamento da redução devida da multa aplicada.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 02 infrações, à legislação do ICMS, imputada ao autuado, decorrentes da realização de estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação desse imposto: a primeira infração é de que o sujeito passivo efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro a junho de 2006. Consta que tais estornos foram efetuados com base no §3º da cláusula terceira do Convênio 126/98 e Convênio 29/01. Já a infração 2 imputa ao sujeito passivo o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, tendo em vista que o mesmo creditou-se, em agosto/2006, no CFOP 1205 – Anulação de valor relativo à Prestação de Serviço de Comunicação e efetuou lançamento de estorno de débito no campo outros créditos do Livro de Apuração como Ajuste de Telecom – Convênio 39/2001, baseado no §3º da cláusula terceira do Convênio 126/98 e Convênio 39/01. Afiram os autuantes na imputação que o Estado da Bahia, em 7 de julho de 2006, através do Convênio 59/06, aderiu ao Convênio 123/05, que autoriza as unidades federadas a não aplicar o disposto no § 3º da cláusula terceira do Convênio 126/98. Também de acordo com o § 4º do art. 569-A do RICMS não se aplica as regras referentes a estorno de débito constantes no § 3º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98.

Cabe, preliminarmente, alinhar que o impugnante reconhece a infração 02, pedindo a extinção do crédito tributário, conforme pagamento que efetuou através dos DAES's 552.717.951 e 552.718.040. Considerando que a aludida infração foi devidamente imputada em consonância com os dispositivos aplicados e atendido ao devido processo legal, cabe manter a exigência, observando o respectivo pagamento do crédito tributário reclamado.

Em relação à infração 01, quanto aos estornos de débito sob a alegação de que houve prestação de serviço contratado em função da ocorrência de fraude, clonagem, serviços não reconhecidos, falha no sistema, cadastro indevido entre outras questões. Afiram os autuantes que, sendo a defendant empresa prestadora de serviços de telecomunicações, está sujeita às normas regulamentadoras expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, anexo à Resolução nº 316/2002, §§ 1º, 2º e 3º, vigente à época dos fatos), ou seja, o usuário pode questionar os débitos contra ele lançados mediante contestação dirigida à prestadora; a contestação de débitos pode ser apresentada pessoalmente pelo Usuário, ou por seu representante legal, na forma escrita ou verbal, podendo valer-se de qualquer meio de comunicação à distância; a contestação feita pelo Usuário deve receber o tratamento previsto no §3º do art. 13 e a prestadora deve responder os questionamentos previstos neste artigo no prazo de até 30 (trinta) dias contado da contestação.

Verifico, contudo, que a impugnante foi intimada para apresentar a documentação comprobatória definida no § 4º da cláusula 3ª do Convênio 126/98, conforme intimações de 21/09/10, à fl. 05 dos autos. A impugnante não apresentou, conforme apontam os autuantes, no prazo da legislação tributária do Estado da Bahia, os elementos comprobatórios dos aludidos estornos.

Assim, para legitimar os estornos de débitos, a impugnante deve comprovar tal direito, com a apresentação da documentação, que segundo a impugnante, utilizou quando da efetivação do estorno. O autuado não apresentou a OS ou protocolo de atendimento inerente a processo em questão, bem como, se a defendanté realiza a devolução dos valores eventualmente pagos pelo cliente, tem que provar esta devolução, tudo em consonância com os §§ 3º e 4º da cláusula Terceira do Convênio 126/98:

Clausula Terceira do Convênio 126/98:

“§ 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:

...

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

A afirmação de que as exigências de provas feitas pelo convênio são tão difíceis e tortuosas não tem amparo para elidir a infração imputada, pois se a impugnante fez análise da reclamação, é porque existem provas que podem ser levantadas. Assim, a apuração de fatos através de procedimento interno o processo de verificação realmente deveria ter sido arquivado para acompanhar o relatório interno, indicado no dispositivo citado acima, comprovando, portanto, a legitimidade da operação.

O lauto técnico apresentado pelo impugnante conclui que 83% 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. Assim, os autuantes concluem, com a devida pertinência, que 17% do valor estornado não foi identificado, consequentemente, não pode ser confirmado que sofreu tributação, portanto, não faz jus ao estorno de débito.

Quanto à documentação fiscal apresentada como amostragem não atende ao que foi solicitado na intimação. A impugnante não anexou os documentos que o atendente se baseou para fazer a análise. Cabe a colhimento a verificação dos autuantes de que na maioria dos casos existe a decisão para estorno do débito sem a justificativa. Em alguns casos o valor estornado inclui juros, que não é tributado e mesmo assim a defendanté pratica o estorno de débito (folhas 263, 269, 282, 288, 293 entre outras).

As razões acima alinhadas conduzem a não considerar os documentos apresentados com prova do direito ao estorno de débito.

Quanto à fraude e clonagem não existe o direito ao estorno de débito, tendo em vista que, mais uma vez em consonância com a informação fiscal, tais fatos são inerentes ao 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.

No que se refere ao Write Off, concordo com os autuantes que a tese da impugnante não procede, pois o lançamento de anulação (Write Off) GSM é uma forma de estorno de débito e como tal esta sujeita as normas dos parágrafos 3º e 4º da cláusula 3º do Convênio 126/98.

Efetivamente as notas fiscais não foram apresentadas no momento da fiscalização. No momento da defesa, conforme identificaram os autuantes, só foram apresentadas as notas com a simples descrição do item: “anulação (Write Off) GSM”, não suficiente para constituir prova necessária ao aproveitamento do estorno de débito efetuado. Não consta, conforme alinham os autuantes, a relação das notas supostamente sujeitas ao write off, seus respectivos valores, nome do usuário, período reclamado, da documentação comprobatória, além da indicação e comprovação de que dos supostos débitos indevidos. Assim, não foi comprovado o direito ao estorno de débito referente ao write off.

No que se refere à dupla tributação do Plano Franquia, as notas apresentadas pela recorrente não são suficientes para elidir a autuação, pois o lançamento de estorno de débito plano franquia é uma forma de estorno de débito e como tal esta sujeita as normas dos parágrafos 3º e 4º da cláusula 3º do Convênio 126/98. As notas fiscais foram apresentadas no momento da defesa com a simples descrição do item: “estorno de débito plano franquia”. Apenas a descrição do item não é suficiente para constituir prova necessária para amparar a operação e legitimar o estorno. Não consta, conforme verificam os autuantes, a relação das notas supostamente sujeitas ao plano franquia, seus respectivos valores e indicação e comprovação de que o suposto débito indevido foram restituídos ou o cliente não efetuou o pagamento.

Considero, assim, não comprovado o direito ao estorno de débito referente ao plano franquia.

Fica, por tanto, mantida a infração 01.

Diante do exposto, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2740680018/10-1**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.685.905,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso, II, “f” da Lei n. 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2011

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR