

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0004/11-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TIM NORDESTE S.A.
RECORRIDOS - TIM NORDESTE S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0158-05/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 24/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-11/12

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 insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO E DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, no qual se imputa ao contribuinte o cometimento de duas infrações elencadas abaixo:

INFRAÇÃO 1 - efetuou estornos de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro e fevereiro de 2006.

Consta, ainda, o seguinte:

“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 esta 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%”

INFRAÇÃO 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, nos meses de janeiro, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2006.

Consta, ainda, que *“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%”*.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide com a seguinte fundamentação:

“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 órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade 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 defendente 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 insubsistente.

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”.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado com a Decisão de piso, o autuado interpôs Recurso Voluntário, inicialmente, pleiteando que seja mantido o julgamento referente à infração 1, pela improcedência da autuação, uma vez que efetuou os estornos de débito de acordo com a legislação da Bahia (artigo 112 do RICMS/97); o § 3º da Cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, que estabelece procedimentos para recuperação do imposto destacado nas notas fiscais; e o Convênio ICMS 55/05, que dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia.

Entretanto, pede a reforma da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal quanto à infração 2, observando, de início, que, de acordo com o artigo 69 c/c o artigo 72, inciso I, do RICMS/97, para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a prestações com redução da base de cálculo, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução.

Alega que, ainda que não tenha apresentado a comprovação do efetivo pagamento dos valores ora exigidos, encontrou em seus arquivos internos um relatório em que consta a relação de notas fiscais que justificam o cálculo do ICMS pago por diferença de alíquotas referente a janeiro de 2006. Ressalta, todavia, que, apesar de todos os seus esforços, ainda não obteve êxito em localizar todas as notas fiscais que comprovariam a regularidade do cálculo efetuado, razão pela qual reitera seu pedido para que seja determinada diligência a fim de comprovar os fatos apontados.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, exarou Parecer pelo Improvimento do Recurso Voluntário, inicialmente observando que o recorrente até o momento não logrou apresentar provas capazes de comprovar o recolhimento dos valores de imposto relativos à diferença de alíquotas, enquanto que o autuante apresentou planilha demonstrando o recolhimento a menor do ICMS nos meses apontados no lançamento tributário.

Salienta que o processo administrativo fiscal, como qualquer processo, está adstrito a prazos, todos de caráter peremptório, e a regras de distribuição do ônus da prova. Sendo assim, entende que o pedido de realização de diligência não merece guarida, uma vez que os elementos constantes dos autos revelam-se suficientes à formação do convencimento dos julgadores, nos termos do artigo 147, incisos I e II, do RPAF/99.

Aponta, por fim, que, de acordo com os artigos 142 e 143, do citado Regulamento, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e, além disso, a recusa da parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

VOTO

O Recurso de Ofício interposto tem como objeto a infração 1, julgada insubsistente, enquanto que o Recurso Voluntário se reporta à infração 2, julgada procedente pela Junta de Julgamento Fiscal.

Na infração 1, exige-se o ICMS recolhido a menos em razão do estorno de débito realizado pelo sujeito passivo, nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, pelo fato de não terem sido entregues, no curso da ação fiscal, os documentos comprobatórios dos lançamentos feitos no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conforme consta no voto da Decisão recorrida, 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 ICMS 55/05.

À época dos fatos geradores deste lançamento de ofício, era permitida a elaboração de relatório específico por período de apuração e consolidado, além da emissão de nota fiscal de serviço de telecomunicações - NFST ou nota fiscal de serviço de comunicação - NFSC, para documentar o registro do estorno dos débitos, cujos valores deveriam ser iguais aos constantes do referido relatório.

O impugnante, ora recorrido, alegou que, por falhas sistêmicas, se viu impossibilitado de gerar a totalidade das notas fiscais de ativação de serviços pré-pagos, como disposto no Convênio ICMS 55/05, e, em virtude disso, procedeu ao lançamento dos valores de ICMS como “Outros Débitos”, objetivando garantir o recolhimento do imposto no mês de competência. Todavia, para evitar bitributação, efetuou, no mês subsequente, os estornos dos valores que haviam sido lançados indevidamente na rubrica “Outros Débitos” do mês anterior, conforme as notas fiscais que apresentou em sua peça defensiva. Os documentos juntados foram acatados pelos autuantes e pela primeira instância, restando elidida a autuação, Decisão com a qual concordo.

Na infração 2, o imposto estadual é cobrado em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e material de consumo do próprio estabelecimento, conforme a planilha de fls. 09 a 15 dos autos.

O recorrente limitou-se, mais uma vez, a pedir a realização de diligência para apresentar os documentos que comprovariam um suposto recolhimento do ICMS. Rejeito o pedido de diligência, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste Órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso II, alínea "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada (artigo 147, inciso II, alínea "b", do RPAF/99).

No mérito, verifico que o recorrente não trouxe ao PAF os documentos que comprovariam o recolhimento do imposto que se está a exigir neste lançamento tributário. Consequentemente, devem ser aplicadas as regras previstas nos artigos 142 e 143, do RPAF/99, considerando-se procedente a acusação fiscal.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício, mantendo inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão unânime, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279692.0004/11-3**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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