

PROCESSO - A. I. Nº 333006.0001/10-8
RECORRENTE - TIM NORDESTE S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0187-01/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0240-12/12

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No período fiscalizado não mais vigorava o §3º da cláusula 3ª do Convênio ICMS 126/98, em face da adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS 123/05, através do Convênio ICMS 59/06, e da alteração nº 80 ao RICMS/BA, através do Decreto nº 10.072/06, que lhe acrescentou os §§ 2º, 3º e 4º ao art. 569-A. Restou comprovado que os procedimentos adotados pelo sujeito passivo na efetivação dos estornos de débitos contrariaram a disposição legal verificada na legislação tributária do Estado da Bahia, desde quando se referiram a valores constantes em documentos fiscais, o que tornou caracterizado o lançamento de ofício. Não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 333006.0001/10-8, lavrado em 22/12/2010 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$278.645,10, acrescido da multa de 60%, em razão de duas irregularidades, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a imputação 1:

INFRAÇÃO 1. Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, no mês de dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$255.645,37, conforme demonstrado no Anexo 01 [fl. 06]. Consta, na descrição dos fatos, que ocorreu recolhimento a menos do ICMS devido ao estorno de débito realizado. O Fisco cita o Decreto nº 10.072/06; o artigo 569-A, §4º, do RICMS/BA, e os Convênios ICMS 59/06 e 123/05.

O Fisco acosta, às fls. 06 a 42, documentos que consistem em demonstrativos do levantamento fiscal realizado inclusive em mídia CD (fl. 42), um Termo de Início e três Termos de Prorrogação da Fiscalização, quatorze Termos de Intimação Fiscal.

Às fls. 03, 06, e 13/verso comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos demonstrativos fiscais e do Auto de Infração.

O autuado impugnou a imputação 1 do lançamento de ofício às fls. 47 a 60, acostando cópias de Notas Fiscais-Fatura de Serviços de Telecomunicações às fls. 74 a 83.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 86 a 89 mantendo a autuação.

Consta às fls. 91 e 92, extrato do sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, relativo ao pagamento do débito atinente à infração 2.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0187-01/11, às fls. 93 a 99. Em seu voto assim se expressa o digno Relator, quanto ao mérito da Infração objeto do Recurso Voluntário:

VOTO

(...)

Quanto ao mérito da infração 01, observo que a exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo ter efetuado o estorno de débito fiscal do ICMS, relativo a serviços de comunicação, em desacordo com a legislação tributária estadual.

O contribuinte impugnou a autuação, argumentando que os estornos que geraram o lançamento haviam decorrido da realização de ressarcimentos de valores indevidamente pagos pelos seus clientes e posteriormente contestados, valores esses que lançava nas notas fiscais emitidas posteriormente.

Deste modo, além do quanto explicitado acima, quando contestei as arguições de nulidade, considero como perfeitamente pertinente a indicação como infringidos no Auto de Infração os artigos 112 e 113 do RICMS/BA, haja vista que se mostrou evidente o descumprimento, pelo autuado, de uma exigência da legislação tributária do Estado da Bahia, quanto ao impedimento de efetuar estorno de débito após os valores se encontrarem consignados em documento fiscal.

Convém lembrar que em período anterior à autuação, para documentar o registro do estorno de débito processado pelo contribuinte, 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. Entretanto, esse procedimento não mais pode ser acatado após a adesão do Estado da Bahia ao Convênio nº 123/05, através do Convênio nº 59/06, que ocorreu em agosto de 2006 com a entrada em vigor da Alteração nº 80 do RICMS-BA, através do Decreto nº 10.072/06, de 15/08/2006, que acrescentou o § 4º ao art. 569-A, que a seguir transcrevo:

“Art. 569-A. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, indicadas no Anexo Único do Conv. ICMS 126/98, adotarão regime especial de tributação do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de telecomunicações, observados os termos a seguir e os demais procedimentos previstos no referido convênio:

...

§ 4º Não se aplica as regras referentes a estorno de débito constantes no § 3º da cláusula terceira do Conv. ICMS 126/98.”

Assim, a partir da vigência do Convênio 59/06, ou seja, agosto de 2006, o contribuinte tem que ingressar com pedido de restituição, consoante determinação do art. 112, § 4º do RICMS-BA, a seguir transcrito:

“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

...

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.”

O que se depreende nitidamente desses dispositivos legais é que o débito fiscal, no período autuado, somente poderia ser estornado se não tivesse se originado de valor constante em nota fiscal emitida. No presente caso, como se trata dessa situação, por equívoco em decorrência de serviço de telecomunicação não prestado, o estorno é cabível na forma prevista nos artigos 73 e 74 do RPAF-BA, os quais apresento abaixo.

“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.

...

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.”

Restou evidenciado, desta forma, que o autuado promoveu o estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia.

Verifico que o argumento apresentado pelo autuado para o desatendimento da exigência legal fora de que procedera ao estorno do débito fiscal por iniciativa própria, pelo fato de ter ocorrido erro em seu faturamento, que resultou na inclusão na fatura e nas notas fiscais emitidas para seus clientes, de serviços não prestados.

Portanto, entendo que assiste razão aos autuantes, pois procederam corretamente ao lançamento, ante a constatação de estorno de débito fiscal de ICMS em desacordo com as exigências previstas nos artigos 112 e 113 do RICMS-BA e especificada nos artigos 73 e 74 do RPAF/BA.

Acrescento que este entendimento se encontra em consonância com julgados já verificados neste Conselho de Fazenda, a exemplo do Acórdão CJP nº 0288-12/09, da 2ª Câmara, de cujo voto proferido pelo insigne Conselheiro Dr. Márcio Medeiros Bastos, transcrevo o seguinte trecho:

“Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo demonstrar que utilizou o procedimento de recuperação do imposto de forma correta, e não apenas alegar que a fiscalização privilegiou a forma em detrimento do direito material.

Ressalte-se, ainda, que em algum momento foi afirmado que os referidos créditos eram indevidos, sendo, portanto, impugnada a forma em que os mesmos foram estornados pelo autuado.

Da mesma forma, em que o Auto de Infração deve ser vinculado, os procedimentos adotados pelo administrado também devem obedecer à forma prescrita em lei, caso este último não atenda o quanto determinado pela legislação tributária, deve o agente do fisco aplicar a lei, que no presente caso foi a glosa dos créditos indevidamente escriturados / utilizados.”

Concluo, deste modo, que ficou patente nos autos o cometimento pelo autuado da infração que lhe foi imputada, desde quando não cumpriu as exigências legais pertinentes ao estorno de débito fiscal. De igual modo, constato que a multa proposta encontra amparo no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No que concerne ao julgado originado deste CONSEF, mencionado pela defesa, ressalto que se refere a assunto divergente daquele tratado no presente caso, uma vez que corresponde ao estorno de débito decorrente da utilização de crédito fiscal destacada a mais nas notas fiscais de aquisição.

Por fim, quanto à alegação do contribuinte de que o procedimento que resultou na autuação se constituiria em descumprimento de obrigação acessória, não o acato, haja vista que a situação aqui discutida implicou sim, na redução do imposto a ser recolhido pelo impugnante, pois a realização do estorno de débito do ICMS de forma incorreta resultou na redução do montante imposto apurado no período de sua utilização. Assim, a infração 01 resta totalmente caracterizada.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 112 a 122, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese o Recorrente alega que teria havido “mero descumprimento de obrigação acessória”, cita o artigo 112 do RICMS/BA, diz ter direito ao crédito fiscal, cita a Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 e diz que poderia ter agido como agiu, ao proceder aos estornos com base neste dispositivo. Repete que por mero equívoco em seu procedimento “Fato é que o mero equívoco no procedimento adotado pelo recorrente não deveria ser razão para a glosa do crédito tributário.”

Diz que o procedimento que ele, Recorrente, adotara, “era previsto e permitido pela legislação da Bahia.”, e que a alteração da legislação “acabou por excluir uma regra específica do setor de telecomunicações, passando a existir apenas uma regra geral para qualquer tipo de restituição de créditos tributários.”

Cita Acórdão, que identifica como “Acórdão JJP nº 0323/01”, de 16/03/2001. Repete o argumento de que não teria havido prejuízo ao erário. Fala sobre a função social da tributação; cita a Constituição da República, textos de juristas, princípios constitucionais tributários; insurge-se contra a aplicação da “regra geral” contida no RICMS/BA acerca de estorno de crédito, no caso presente; insurge-se contra a multa aplicada dizendo ser a mesma inconstitucional por irrazoável; fala sobre seu procedimento de ajustes de cobranças para com seus clientes; critica texto do Acórdão, e diz que “Ou seja, não restam dúvidas de que no caso em questão deveria a autoridade administrativa deixar de se ater à letra da lei, em detrimento ao fim que esta busca, ou seja, a efetiva possibilidade do estorno de débito com a consequente apuração dos créditos do ICMS.”

O Recorrente conclui pedindo o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário interposto, com a reforma da Decisão objeto do Recurso, e o julgamento pela improcedência da autuação,

“(...)tendo em vista que nas operações autuadas não houve qualquer prejuízo ao Erário, apenas um mero descumprimento de obrigação acessória.”

Pede que todas as intimações do presente processo sejam também enviadas aos cuidados dos seus patronos André Luiz de Castro Martins (OAB/RJ nº 119.277) e Thiago Augusto de Castro Pellegrini (OAB/RJ 147.861), com endereço à Av. Presidente Wilson, 231, 23º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 20.030-021.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 151 e 152 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, parte do quanto já alegado na impugnação inicial, e já rechaçado no julgamento de primeira instância. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido.

Afirma que o estorno do débito foi realizado, pelo contribuinte, de forma contrária à legislação em vigor, o que foi demonstrado pelo Fisco, que também comprovou, de foram contundente, que houve descumprimento de obrigação principal; que a conduta adotada pelo Recorrente provocou redução do montante do imposto a ser recolhido. Diz que o contribuinte deverá ingressar com pedido de restituição nos termos do artigo 112, §4º, do RICMS/BA, e artigos 73 e 74 do RPAF/99, a partir da vigência do Convênio ICMS 59/06. Aduz que o Acórdão deste Conselho de Fazenda, mencionado pelo contribuinte, versa sobre matéria diversa da ora em foco.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração 1.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo à apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já exposto no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, e exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o que já apreciado em primeira instância.

Assim, na realidade, nada há a acrescentar ao brilhante e didático voto do ilustre Julgador Valmir Nogueira de Oliveira. Inexiste qualquer contradição no texto do voto objeto do Acórdão de primeiro grau, porque a redução do montante declarado como devido pelo sujeito passivo resultara em redução do quanto a recolher ao erário.

Assinalo que o Acórdão mencionado pelo sujeito passivo, tal como já dito pela digna Representante da PGE/PROFIS, nada acrescenta à matéria em lide, porquanto além de não fazer coisa julgada, refere-se a assunto diverso.

O contribuinte de tributos deve ater-se às normas em vigor à época dos fatos geradores previstos na hipótese de incidência, de outra forma se geraria o caos impeditivo da aplicação das regras da administração tributária, situação que seria contrária ao Estado de Direito. A norma é regra geral a ser aplicada de forma equânime a todos os que se encontrem em idêntica situação tributária sob sua égide, e não é regular a adoção de procedimento que contrariá-la para posterior alegação, nunca provada nos autos deste processo, de inexistência de prejuízo ao erário. Uma vez que desde o exercício de 2005 não mais era vigente a regra sobre a qual diz o contribuinte se ter escoimado, inexistente razoabilidade e justiça social a ser invocada para a escolha, de livre vontade do sujeito passivo, ao optar descumprir o Direito imperante no exercício de 2009, ou seja, já decorridos quatro anos de vigência da regra atinente à tributação. Sequer se tratava de nova imposição normativa, da qual o contribuinte poderia alegar possível desconhecimento, o que

também não o eximiria de pagamento do imposto devido, com a aplicação da sanção legalmente prevista.

Assim, tal como já dito exaustivamente nos autos deste PAF, ao aplicar conforme confessa em seu Recurso Voluntário, o teor da do §3º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98, disposição de Convênio esta em relação à qual a Bahia não se encontrava obrigada já por força do Convênio ICMS 123/05, o contribuinte descumpriu o quanto previsto nos artigos 112 e 113 do RICMS/BA, em decorrência recolhendo a menos o imposto devido, por realização de estorno de débito em desacordo com a legislação deste imposto, pelo que é devido o quanto cobrado no Auto de Infração, exatamente nos moldes do quanto dito no voto do Acórdão de primeiro grau, transcrito no Relatório deste Acórdão de segunda instância, e que endosso neste meu voto.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teria efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal, inexistente óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **333006.0001/10-8**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$278.645,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS