

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0003/12-0
RECORRENTE - TNL PCS S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0160-01/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 26/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0347-11/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNOS DE DÉBITOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação estabelece que o débito só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante de documento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0160-01/12), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2012 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 194.071,41, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de estorno de débito em desacordo com a legislação.

Consta que o contribuinte destacou ICMS em notas ao prestar serviços de telecomunicações, quando uma Decisão judicial previa a não tributação.

Foi consignado que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA/1997) estabelece no seu artigo 112 que o débito só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante de documento fiscal.

Também está dito que o sujeito passivo deve estornar o crédito, utilizado de forma irregular no seu livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS), e pleitear a restituição do que pagou indevidamente.

A 1ª JF apreciou a lide na pauta de 27/06/2012, tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transcrito, unanimemente acatado pelos demais membros.

“No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Na descrição dos fatos, os autuantes consignaram que o autuado, por um erro, destacou ICMS em seus documentos fiscais ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, quando existia medida liminar determinando a não tributação desses serviços.

Conforme consta no Auto de Infração e na informação fiscal, a ação fiscal está fundamentada no pressuposto de que, por força de Medida Liminar, as prestações de serviços de telecomunicações referentes aos débitos citados na autuação não são tributadas pelo ICMS.

Dessa forma, sobre a não tributação das prestações em comento não há qualquer controvérsia e, portanto, caem por terra os argumentos defensivos atinentes à tributação das “receitas de facilidades e assinaturas”, aos serviços meramente preparatórios, etc. Os autuantes, expressa e pacificamente, reconhecem no Auto de Infração que esses serviços, enquanto vigente a Medida Liminar, não são tributados pelo ICMS. Não há, portanto, qualquer desrespeito à Decisão judicial, como tenta fazer crer o autuado.

O cerne da questão está em saber se o autuado poderia ter estornado os débitos referentes a esses serviços não tributáveis pelo ICMS e que, por um erro do fiscalizado, tiveram o ICMS correspondente destacado nos documentos fiscais.

O autuado sustenta que o art. 93 do RICMS-BA/97 elenca as situações em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo a hipótese do inciso VIII a aplicável ao caso.

Essa tese defensiva não merece prosperar, pois esse dispositivo regulamentar deve ser interpretado em conjunto com o artigo 112 do mesmo Regulamento, tanto que no fim do inciso VIII do artigo 93 há uma expressa alusão a esse artigo.

O artigo 112, do RICMS-BA/97, prevê que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Considerando que no caso em tela o imposto foi destacado no documento fiscal, o autuado não tinha amparo legal para efetuar o estorno do débito em tela. Ao decidir agir contra expressa disposição regulamentar, o autuado atraiu para si as consequências desse seu procedimento.

O disposto no §4º do art. 112 do RICMS-BA/97, determina que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Ao tratar sobre a restituição de indébito, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/99), no seu artigo 73 assim dispõe:

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.

Da leitura do dispositivo acima, depreende-se que a restituição do indébito se fará apenas a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente.

No desenrolar da ação fiscal, os autuantes intimaram no autuado a comprovar que o ICMS referente aos serviços de facilidades e assinaturas, cujos débitos foram estornados no livro Registro de Apuração de ICMS, tinha sido devidamente ressarcido aos clientes (fl. 22).

Em resposta a essa intimação, o autuado não comprova que ter ressarcido os seus clientes e, em síntese, afirma que “não identificou viés fiscal na referida Intimação, mas apenas questionamentos envolvendo relações jurídicas privadas”.

Tendo em vista que o autuado não ressarciu os seus clientes do valor do ICMS indevidamente cobrado, não há como o defendente querer se beneficiar desse imposto cujo ônus financeiro foi suportado pelos tomadores dos serviços, sob pena de incidir em enriquecimento sem causa.

O autuado sustenta que a matéria em análise seria um mero descumprimento de obrigação acessória e, portanto, cabível a aplicação de multa fixa.

Respeitosamente divirjo dessa tese defendida pelo autuado, pois a restituição do valor pago indevidamente deve ser feito mediante o procedimento regulamentar previsto – no caso o art. 112, §4º, do RICMS-BA/97, combinado com o art. 73, do RPAF/99. Como foi bem salientado pelos autuantes na informação fiscal, o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material quanto processual. Não há, portanto, como se converter a presente exigência fiscal em multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Não se trata de valorizar a forma em detrimento do direito material. Esses dispositivos regulamentares – art. 112, do RICMS-BA/97, e 73, do RPAF/99 – evitam que os contribuintes de fato do imposto (os tomadores dos serviços de telecomunicações) arquem com o ônus financeiro do tributo indevido e, no entanto, esse valor vá para o contribuinte de direito, o autuado.

A Decisão contida no Acórdão JJF Nº 1259/00, citada na defesa, não serve como paradigma para o caso em análise, pois aquela Decisão não tratava de imposto destacado em documentos fiscal por erro do contribuinte de direito. Ademais, há que se ressaltar que aquela Decisão não vincula o presente julgamento.

Pelo acima exposto, a infração imputada ao autuado restou caracterizada e, portanto, foi correto o procedimento dos autuantes e são devidos os valores lançados de ofício.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 98 a 109, com amparo no que dispõem os arts. 169, I, “b” e 171 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/1999).

Inicialmente, registra a tempestividade da peça e assinala que o crédito tributário inerente às atividades previstas no Convênio ICMS 69/1998 está com a sua exigibilidade suspensa, em razão de ter logrado êxito no julgamento de mérito no TJ/BA do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009805.0000-0, relativo às atividades meio.

Por erro do seu sistema, algumas notas foram emitidas com o destaque do gravame, pelo que efetuou ajustes no RAICMS, transportando para a coluna “OUTROS CRÉDITOS” os débitos indevidamente lançados.

Esclarece que o estorno era feito simultaneamente à escrituração dos débitos no RAICMS, razão pela qual não houve recolhimento indevido ao Erário, tampouco prejuízo.

Suscita preliminar de nulidade, pois no seu entendimento o Fisco lhe exige, por via indireta, imposto cuja exigibilidade encontra-se suspensa por determinação judicial. Admite unicamente multa por descumprimento de obrigação acessória ou o lançamento do ICMS sem multa, apenas para prevenir a decadência.

Apontando jurisprudência, alega que a sugestão dos auditores, de ingressar com pedido de restituição de indébito, é absurda, uma vez que não foram pagos os montantes equivocadamente consignados nos documentos fiscais.

Argumentando que os arts. 73 e 112, RICMS/1997 não se aplicam ao caso em enfoque, pois não houve valor a pagar ou recolhimento, reitera que o estorno dos débitos no RAICMS era a única medida existente à época capaz de atender à Decisão judicial.

A prova da assunção do ônus é exigência pertinente apenas à restituição de indébito, a qual não se aplica neste caso, por ausência de recolhimento. Assim, nenhuma repercussão existe no fato de ter repassado o imposto ao consumidor final.

Por fim, pugna pelo Provimento recursal.

No Parecer de fls. 115 a 118, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento, afastando a tese de nulidade e reconhecendo ser indiscutível a existência da Decisão prolatada pelo TJ/BA, a qual determina que o Fisco baiano não exija o tributo sobre fatos que não possuam a natureza de telecomunicação.

O motivo do lançamento de ofício não tem origem em tais fatos, mas sim nos estornos de débitos em desacordo com a legislação. O Fisco em momento algum insiste na tributação das operações concernentes às notas fiscais erradamente lançadas no RAICMS, mas exige o tributo em virtude dos estornos desautorizadamente efetuados.

Prossegue afirmando que o ônus tributário recaiu sobre os consumidores dos serviços. O recorrente, além de não pagar o ICMS decorrente dos mesmos, recebeu dos seus clientes os montantes respectivos, porquanto inclusos nos totais das notas.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, assinale-se que os autuantes e os julgadores da JJF expuseram com clareza o embasamento de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o supedâneo jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados no Recurso.

Sem efetuar qualquer juízo de valor, o que será feito na apreciação do mérito, cumpre deixar claro, de acordo com o que bem disse a ilustre procuradora, que a origem do Auto de Infração não está nas operações concernentes às notas fiscais erradamente lançadas no RAICMS, mas sim no estorno de débitos em desacordo com a legislação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Não se discute a não tributação das prestações em comento. Importa sim decidir se o recorrente tinha ou não o direito de estornar os débitos referentes a esses serviços não tributáveis pelo ICMS à época.

O art. 112, RICMS/1997 dispõe que o débito só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante de documento fiscal. No presente caso, o imposto foi destacado nas notas/faturas, em razão de que o recorrente não tinha amparo legal para efetuar estornos.

Com efeito, não há que se falar em restituição de indébito, pois o contribuinte efetuou os ajustes nos próprios meses das ocorrências, conforme assinalou na peça recursal.

O ICMS é um imposto indireto, ou seja, suportado pelo consumidor dos serviços (contribuinte de fato), sendo a sociedade empresária (contribuinte de direito) uma mera pagadora dos Recursos recebidos de terceiros.

Deve ser anotado, a mero título informativo e de atenção à razoabilidade, pois efetivamente em nada repercute nesta relação jurídica tributária, que o contribuinte de direito na situação em tela, além de não pagar o ICMS decorrente dos serviços, lançou a débito nas notas/faturas, por equívoco, e recebeu ilegitimamente dos seus clientes os valores referentes ao imposto, vez que inclusos nos totais dos citados documentos, e não os devolveu.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0003/12-0**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$194.071,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS