

A. I. N° - 269135.0001/17-3
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S. A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - DAT/METRO IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.08.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDO. Ausentes dos autos os necessários elementos de prova de estorno do crédito fiscal, diante do indeferimento do pedido de restituição, ou da apresentação de recurso contra a decisão, subsiste a acusação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de março de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$634.677,51 além da multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **01.02.86**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, ocorrência constatada no mês de dezembro de 2015.

Informam os autuantes “*Deixou de estornar o crédito fiscal utilizado em 30/12/2015 que foi solicitado através do processo 039595/2015-9 protocolado na SEFAZ/BA no dia 24/02/2015 que foi apreciado e teve parecer pelo INDEFERIMENTO no dia 19/06/2016.*

O crédito foi utilizado no dia 30/12/2015 através de emissão da NF 789614 do próprio contribuinte, com CFOP 1205 – ‘Anulação de valor relativo à prestação de serv. de comunicação’. Tudo conforme comprovam os respectivos anexos da referida NF e dos referidos pareceres anexados a este PAF”.

A empresa autuada, através de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 42 a 48, na qual, após breve resumo dos fatos, e firmar a tempestividade, esclarece ser a exigência do débito de ICMS constituído através do auto de infração em questão é ilegítima, tendo em vista a plena regularidade do creditamento efetuado no decorrer do período autuado, inexistindo, portanto, motivo apto a ensejar a cobrança dos valores circunstanciados na autuação.

Assevera ter inexistido descumprimento de obrigação principal, mas tão somente o creditamento de valores equivocadamente cobrados dos usuários de serviços disponibilizados devidamente autorizado pela legislação baiana, conforme demonstrará.

Diz que os créditos de ICMS objetos da presente autuação advêm de cobranças indevidas, ou seja, casos em que a empresa faturou serviços de telefonia a seus clientes de forma equivocada (erros de faturamento ocasionados por falhas operacionais no processo de precificação das chamadas dos clientes) e, após verificação interna ou mediante contestação da fatura, acolheu as reclamações e cancelou as cobranças, concedendo créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados.

Em sendo assim, o crédito tomado pela empresa originou-se a partir do ICMS que havia sido recolhido sobre serviços erroneamente faturados, porquanto, se a fatura foi contestada pelo cliente e a cobrança cancelada, o tributo que sobre ela outrora incidira também deve ser cancelado. Em outras palavras: se a empresa destacou (e recolheu) ICMS sobre serviços

erroneamente faturados, o posterior cancelamento da cobrança implicará para ela o direito de reaver (estornar) o tributo recolhido indevidamente.

Isto porque não se concretizou o fato impositivo do tributo, ou seja, a efetiva prestação onerosa de serviços de comunicação, consoante artigo 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96. Deste modo, tendo em vista o indébito engendrado, a Impugnante compensou os créditos escriturais que se acumularam em sua escrita fiscal, conforme autoriza a legislação estadual.

Rememora que em 24.02.2015, com fulcro no artigo 33 da Lei Estadual 7.017/1996 (transcrita), protocolou pedido de compensação de valores de ICMS indevidamente recolhidos, prestados entre 09.2013 e 12.2014.

Alega ter anexado os documentos comprobatórios elencados no artigo 74 do Decreto estadual nº 7.629/1999, o qual prevê os requisitos para deferimento dos pedidos de restituição, conforme transcrição do seu teor.

Salienta que no presente caso não se aplicam as disposições contidas no §3º da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, tendo em vista que, desde 12.07.2006, por meio da cláusula primeira do Convênio ICMS nº 59/06, o Estado da Bahia ficou autorizado a não aplicar tal previsão, conforme cláusula primeira do Convênio ICMS nº 123/2005, incorporada à norma baiana por meio do § 4º do artigo 391 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Informa que em 30.12.2015, decorridos mais de noventa dias do citado pedido e ante a ausência de qualquer manifestação da autoridade competente, efetuou o lançamento dos créditos em sua escrita fiscal, conforme autoriza o § 2º do artigo 33 da Lei Estadual nº 7.017/1996 e também o artigo 78 do Decreto Estadual nº 7.629/1999, devidamente copiado.

Por todo o exposto, a conclusão é de que o crédito autuado foi estornado em observância aos requisitos previstos na legislação do Estado da Bahia, sendo inequivocamente descabida a subsistência do auto de infração ora objurgado, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda.

Entende ter restado demonstrado que os créditos aproveitados pela empresa são legítimos, pois decorrentes de efetivos cancelamentos de cobranças telefônicas indevidas, com as consequentes devoluções dos valores anteriormente faturados aos clientes-reclamantes, autorizando, pois, a restituição do ICMS indevidamente recolhido ao Estado da Bahia.

Ao final, pede a procedência da presente Impugnação, cancelando-se o Auto de Infração epígrafado, com a consequente extinção dos créditos tributários nele consubstanciados e o arquivamento do processo fiscal instaurado.

Pede, ainda, em atenção ao princípio da verdade material, regente do processo administrativo, a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para juntada de documentos que corroborarão os fatos ora alegados.

Requer, por fim, o cadastramento do nome de advogado indicado, no endereço informado, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

Informação fiscal constante às fls. 251 e 265 esclarece que o autuado não adicionou nenhuma informação na sua defesa que pudesse comprovar que ele realizou o estorno do crédito utilizado em 30/12/2015 que foi solicitado através do processo nº 039595/2015-9 protocolado na SEFAZ/BA no dia 24/02/2015 que foi apreciado e teve parecer pelo indeferimento no dia 19/06/2016.

Fala que ao mencionar no item “3” da sua defesa, na página 47 do PAF que “... a conclusão é que o crédito autuado foi estornado em observância aos requisitos previstos na legislação do Estado da Bahia...” o sujeito passivo está se referindo ao estorno do débito original que procedeu e solicitou no referido processo acima e não ao estorno que deveria proceder por conta de seu pedido no processo ter sido indeferido.

Assim conclui que o estorno do crédito utilizado em 30/12/2015 não foi realizado após o indeferimento do processo, conforme previsto no parágrafo único do artigo 78, transcrito.

Pelo exposto, e tendo em vista as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, esperando um julgamento pela procedência do presente Auto de Infração.

Em 15 de agosto de 2017, véspera do julgamento do feito, foi protocolado pela defesa, sob o número SIPRO 143286/2017-5, requerimento de adiamento do julgamento do processo, diante da falta de posicionamento do pedido de concessão de mais noventa dias para apresentação de documentos, consoante formulado na defesa, com julgamento a ser marcado para data posterior a 05 de setembro de 2017, quando se encerraria o prazo solicitado.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Inicialmente indefiro o pedido formulado pela defesa, para adiamento do julgamento, para data posterior a 05 de setembro de 2017, quando se encerraria o prazo de noventa dias requerido na peça defensiva, nos termos do artigo 123 do RPAF/99:

“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.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.

A defesa não conseguiu atender aos requisitos que eu possibilitassem o enquadramento da solicitação em nenhuma das hipóteses contidas na norma, o que me leva a não acolher o pedido, mantendo o julgamento para esta data.

Tal decisão, não implica em violação ao princípio da ampla defesa, ou da verdade material, como se poderia alegar, frente ao fato de que, constam nos autos duas intimações entregues à autuada, pelos autuantes: a primeira, constante à fl. 87, o que valeu manifestação considerada insatisfatória pelos mesmos, por não conter a indicação da data e do documento pelo qual a empresa autuada teria feito o estorno do crédito ora discutido, o que valeu a emissão da segunda

intimação, cientificada em 07 de março de 2016 (fl. 90), quase um ano antes da lavratura do Auto de Infração.

Isso significa dizer que a empresa há quase dois anos vem sendo instada a apresentar os documentos comprobatórios da realização do estorno do crédito, de um único lançamento, numa única data, sem que tenha apresentado o mesmo, apesar de afirmar ter feito, o que somente pode ser considerado ante a apresentação da necessária e indispensável prova, ainda não carreada aos autos.

Quanto ao deslinde da matéria, esclareço inicialmente, que a mesma se resume a devida prova material, em relação a qual algumas considerações entendo necessárias.

Sabido é que a ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação de tal princípio, sendo que sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários.

Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos. De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados.

Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intimamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte, observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam examinadas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir um julgamento justo.

Na jurisprudência, os Tribunais Superiores do país consagram, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais, como se depreende do julgado abaixo transcrito:

"Processual Civil. Recurso Especial. Tributário. Escrituração Irregular. Saldo Credor em Caixa. Presunção de Omissão De Receita. Faculdade Do Contribuinte Produzir Prova Contrária. Princípio da Verdade Material. Sucumbência. Princípio da Causalidade (STJ - REsp 901311 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2006/0215688-9- Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – Julgamento 18/12/2007 – Publicação DJe 06/03/2008)"

Feitas estas observações, retorno à análise objetiva do feito, no qual, a empresa autuada efetivou pedido de restituição de prestações de serviços não prestados à Administração Tributária, através do processo nº 039595/2015-9 protocolado na SEFAZ/BA no dia 24/02/2015 que foi apreciado e teve parecer pelo indeferimento no dia 19/06/2016, observando que em relação à data do pedido, e o resultado do mesmo, decorreu um ano e quatro meses aproximadamente.

Nesta senda, a legislação do estado da Bahia, através da Lei 7.014/96 assim estabelece em seu artigo 33:

“Art. 33. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.

(...)

§ 2º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis”.

Em atenção a disposição legal, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto 7.629/99 em seu artigo 78, *caput*, permite que o sujeito passivo:

“Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido”.

E o próprio admite que tendo sido alcançado tal prazo processual, apropriou-se do crédito fiscal que corresponderia ao valor solicitado no processo de restituição.

Todavia, em 19/06/2016 finalmente ocorreu o posicionamento do Fisco estadual, no sentido de negar a solicitação do contribuinte.

Ao mesmo, então, caberiam duas atividades: recorrer a quem de direito, no sentido de reverter tal posição pelo indeferimento, ou, sendo a decisão irrecorrível, efetuar o estorno do crédito ou manter-se inerte, e aplicar a regra do mesmo artigo 78 do RPAF/99, em seu parágrafo único, o qual determina que sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, o que, entretanto, não comprovou no curso do processo, diante da inexistência nos autos de lançamento neste sentido.

Logo, diante das considerações já tecidas acerca da verdade material, e inexistente qualquer elemento de prova no sentido de que houve o estorno do crédito tido como indevido ou recurso a autoridade competente, no sentido de reapreciar a decisão, o que suspenderia a obrigação de realizar o estorno, diante da decisão objeto da presente autuação não se apresentar como definitiva, entendo devida a autuação.

Esclareço que aqui, não se questiona a inoccorrência das prestações de serviços de telecomunicações ou a aplicação do disposto na Lei Complementar 87/96, dos Convênios de ICMS que regulam e normatiza tais serviços, ou o próprio RICMS/12, vez ser a questão meramente processual, de obediência a norma de tal natureza, e respeito a decisão do órgão administrativo, a qual não foi obedecida e cumprida pelo sujeito passivo.

Poderia, até mesmo a autuada, diante de eventual descontentamento quanto ao resultado desfavorável do processo de restituição na esfera administrativa, até mesmo apelar para o Poder Judiciário, esfera que os defensores da empresa tão bem dominam, o que, de igual forma não se comprova nos autos.

Lembro que os elementos de prova que poderiam elidir a acusação se encontram em poder da empresa, e somente ela poderia produzir tal prova, mediante exibição de seus livros fiscais nos quais estivesse lançado o estorno do crédito ora discutido, o que permite a aplicação dos artigos 142 (A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária) e 143 do RPAF/99 (A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal).

Desta forma, diante da ausência de qualquer elemento de prova que possa favorecer aos argumentos da defesa, julgo o lançamento procedente.

Esclareço, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Desta forma, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Quanto às menções à Lei 7.017/96 feitas na peça defensiva, acredito se tratar de mero equívoco da defesa, ao se reportar à Lei 7.014/96, normatizadora do ICMS no estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0001/17-3** lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$634.677,51**, acrescido da multa de 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “f”, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA