

PROCESSO - A. I. N° 269135.0001/17-3
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0149-04/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

ACÓRDÃO CJF N°0091-12/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 28/03/2017 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.

Os autuantes cuidaram de informar que o Sujeito Passivo:

“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”.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela procedência da infração seguindo o voto condutor, abaixo transcrito:

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 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, científica 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 novas 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 deparamos 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, procederia 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 incorreção 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.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº 0149-04/17, vem, por seu representante legalmente constituído, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Começa seu arrazoado com breve resenha dos fatos, prosseguindo dizendo da necessidade de reforma da decisão recorrida em face do seu suposto direito à restituição do ICMS recolhido equivocadamente.

Afirma que os créditos de ICMS objetos da autuação advêm de cobranças indevidas - casos em que teria faturado contra seus clientes, serviços de telefonia de forma equivocada – cobranças tais que mediante contestação, teriam sido canceladas, concedendo créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados, motivo pelo qual, igualmente, a cobrança de tributo sobre tais operações também deveriam ser cancelada, entendido que “...o posterior cancelamento da cobrança implicará para ela o direito de reaver (estornar) o tributo recolhido indevidamente”.

Alega que não teria se concretizado o fato imponível do tributo, qual seja a efetiva prestação onerosa de serviços de comunicação, nos termos do art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96.

Diz que em vista o indébito derivado das referidas operações, procedeu à compensação dos créditos escriturais que se acumularam em sua escrita fiscal, conforme autoriza a legislação estadual.

Destaca que com base na legislação de regência, teria protocolado pedido de compensação de valores de ICMS indevidamente recolhidos e referentes aos serviços prestados entre setembro de 2013 e dezembro de 2014, sublinhando que teria anexado os competentes documentos comprobatórios. Nessa esteira, saliente que no caso em discussão não se aplicariam as disposições contidas na cláusula 3^a, §3º, do Convênio ICMS 126/98.

Em derredor do seu pedido de compensação, afirma que em 30/12/2015, mais de noventa dias da data de protocolo do pedido, em face da ausência de manifestação da SEFAZ, efetuou o lançamento dos créditos em sua escrita fiscal, conforme autoriza o art. 33, §2º, da Lei Estadual nº

7.017/1996 e também o art. 78 do Decreto Estadual nº 7.629/1999, cujo texto diz:

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.

Assevera que o crédito autuado foi estornado em observância aos requisitos previstos na legislação do Estado da Bahia, bem como entende que é descabida a subsistência do auto de infração, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda.

Avançando, aduz que na hipótese de serem suplantados os seus argumentos primeiros, ainda assim não assistiria razão ao Fisco da Bahia, entendido que o crédito tributário existe e que “... não respeitar o suposto procedimento local previsto para a restituição de tributo indevidamente recolhido é mero descumprimento de obrigação acessória”, fatos que teriam o condão de afastar o lançamento de todos os valores creditados, remanescendo unicamente a eventual aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Reitera a sua tese de que os créditos aproveitados decorreram de efetivos cancelamentos de cobranças telefônicas indevidas, com as consequentes devoluções dos valores anteriormente faturados aos clientes-reclamantes, aduzindo que não teria havido qualquer prejuízo ao erário da Bahia, nem enriquecimento ilícito do Sujeito Passivo e indicando que seria mais que razoável que lhe fosse aplicada multas isoladas por supostas inobservâncias formais, reiterando que não havendo dúvidas de que o creditamento tem causa legítima, não poderia o Estado exigir tributo que não lhe é devido. Cita decisão do CONSEF – Acórdão JJF 1259/00, AI nº 141596.0004/99-7, aduzindo que mesmo tendo sido indevida a forma de compensação utilizada e sendo legítimos os créditos, restaria o mero descumprimento de obrigação acessória.

Registra que se mostra imprescindível a realização de nova verificação fiscal, na qual, no seu entender, seria possível demonstrar a legitimidade dos créditos aproveitados e decorrentes de cancelamentos de cobranças telefônicas indevidas, tudo com base na análise da planilha e documentos que junta - documentos nºs 03, 04 e 05.

Pede que sejam respondidos quesitos que formula e indica Assistente Técnico.

Por fim, pugna pela procedência do seu Recurso para que, reformando-se a decisão da 4ª JJF, seja cancelado o auto de infração epígrafeado, com a consequente extinção dos créditos tributários. Sucessivamente, pede seja a autuação convertida em aplicação exclusiva de penalidade isolada em razão de descumprimento de obrigação acessória, além de pedir que sejam os autos baixados em diligência para realização de nova verificação fiscal.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O presente Recurso Voluntário cinge-se à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primeiro grau que julgou integralmente procedente o Auto de Infração, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, ocorrência constatada no mês de dezembro de 2015.

A tese recursal, em apertada síntese, destaca que não teria se caracterizado fato gerador do tributo, pois as operações que deram azo à autuação teriam derivado de cobranças indevidas contra os clientes da Recorrente, operações essas que teriam sido canceladas, com a concessão de créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados.

Vejo que em sua peça recursal o Recorrente requer “nova verificação fiscal”, o que denego, pois constato que os elementos trazidos aos autos são suficientes à formação do convencimento deste julgador.

Da compulsão dos autos, percebe-se que a discussão tem como centro a possibilidade de apropriação de créditos pelo Sujeito Passivo em face de cobranças indevidas e consequentes

devoluções de valores aos clientes que tiveram contra si essas cobranças, ou seja, pura matéria faticada cuja demonstração é de inteira responsabilidade do Contribuinte, pois, apenas ele teria como elidir a acusação fiscal feita na peça inicial.

É de se notar que a Recorrente requereu junto à SEFAZ restituição de tributo de serviços não prestados por meio do Processo nº 039595/2015-9. Contudo, tal pleito foi indeferido, ainda que decorrido o prazo previsto na norma – art. 33, da Lei nº 7.014/96 e art. 78, do RPAF/BA.

Vê-se que apesar de transcorrido muito mais tempo do que o previsto no regramento citado acima, a posição externada pela SEFAZ em face do pedido do Sujeito passivo foi no sentido de denegá-lo, sendo certo que diante da negativa, a ora Recorrente deveria ter procedido ao estorno dos referidos créditos, nos termos do art. 78, parágrafo único, do RPAF.

Convém repisar que a matéria em discussão tem assento na verdade dos fatos, entendido que para estornar o lançamento de ICMS, deveria o Contribuinte promover os meios de provar que efetuou cobranças dos serviços de telefonia de forma equivocada, as quais mediante contestação, teriam sido canceladas e concedidos créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados.

Assim, protocolou o pleito respectivo e decorrido o prazo de 90 dias, valendo-se do disposto no art. 78 do Decreto Estadual nº 7.629/1999, efetuou o lançamento daqueles créditos em sua escrita fiscal.

Todavia, ocorrida a negativa da SEFAZ ao pedido da Autuada, ainda que tardia, tal fato não pode ter o condão de desconstituir o crédito tributário, posto que caberia ao Contribuinte, conforme aponta o Julgador da Decisão de piso, recorrer a quem de direito no sentido de reverter tal posição, ou efetuar o estorno do respectivo crédito pois, o que se sobrepõe, com base nos elementos dos autos, é a apropriação indevida de créditos que lhe foi imputada.

Por outro ângulo, tratando-se de questão de ordem material, pode a Recorrente, de posse de elementos fáticos e que guardem relação com os fatos tratados neste processo administrativo, provocar a PGE/PROFIS, em sede de controle da legalidade, para avaliar a possibilidade de fazer retornar o presente processo a uma das Câmaras deste Conselho para apreciação e julgamento de eventual Representação.

Por todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a decisão de piso na sua integralidade e inteireza.

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 **269135.0001/17-3**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado a recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$634.677,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS