

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0010/17-2
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0229-03/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0237-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDO. O sujeito passivo não consegue elidir a acusação fiscal. Utilizou crédito fiscal constante de pedido de restituição indeferido sem comprovar inequivocamente a origem do débito estornado, na forma prevista na legislação em vigor. Infração subsistente. Indeferido pedido de diligência. 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, para exigir crédito tributário de ICMS no valor original de R\$634.777,51, em decorrência de utilização indevida de crédito de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, no mês de janeiro de 2016.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração, conforme o voto abaixo transcrito.

VOTO

Consigno, inicialmente, que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram devidamente identificados os sujeitos ativo e passivo, indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado, fl. 17.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Por entender que os elementos de prova para o deslinde da questão, ora em lide, encontram-se em poder do próprio Impugnante que não os apresentou, denego o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos que já integram os autos são suficientes para a formação do juízo de valor pelos julgadores, acerca das questões levantadas pelo contribuinte em sua peça de defesa, conforme art. 137, do RPAF-BA/99, combinado com a alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do mesmo regulamento.

No mérito, a acusação fiscal imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.

Consta dos autos que o Impugnante deixou de estornar o crédito fiscal utilizado em 30/12/2015, através da Nota Fiscal nº 812.819, fl. 10, cuja autorização foi solicitada através do processo nº 039595/2015 protocolado no dia 24/02/2015, tendo sido apreciado e teve o indeferimento efetuado em 19/06/2016, através do Parecer nº 16585/2016, fls. 08 e 09.

Verifica-se do teor do aludido parecer que o Defendente apresentou como motivos para o pedido de autorização para compensação do ICMS pago indevidamente relativo a serviços de telecomunicações contestados “Erro de Faturamento” e “Erro de Tarifação do Serviço”. Em sua conclusão o parecer esclarece que as justificativas apresentadas pressupõem a necessidade de refaturamento com a emissão de novo documento fiscal, no entanto, em todos os registros do Autuado esta informação não consta tal documento, presumindo-se que tal documento não foi emitido. Explica ainda ser necessário que o assinante fosse ressarcido do valor cobrado indevidamente para que o pedido de estorno fosse devido. Intimado para sanar as irregularidades, e não se manifestou. O que resultou no indeferimento.

Em sede de defesa o Autuado sustentou ter direito à restituição do ICMS recolhido equivocadamente e que observou os requisitos previsto na legislação estadual, assinalando que os créditos aproveitados são legítimos, pois decorrentes de efetivos cancelamentos de cobranças telefônicas indevidas com as conseqüentes devoluções dos valores anteriormente faturados aos clientes-reclamantes, autorizando, pois, a restituição do ICMS indevidamente recolhido.

Sustentou que após verificação interna ou mediante contestação da fatura, acolheu as reclamações e cancelou as cobranças, seja concedendo créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados, seja emitindo nova fatura ajustada no próprio mês da contestação.

Os Autuantes, ao prestarem informação fiscal, mantiveram a autuação registrando que o Impugnante pretende discutir a existência ou não do próprio crédito fiscal, que foi objeto do pedido de restituição. Explicaram que para argüir sobre a existência ou não do direito ao crédito o Defendente deveria ter entrado com pedido de reconsideração, não cabendo neste PAF argumentar sobre o mérito deste crédito.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, precipuamente o CD acostado à fl. 77, que o Impugnante não consegue de forma inequívoca comprovar que procedera como prevê a legislação de regência. Eis que, como assevera em suas razões de defesa, ao acolher as reclamações cancelou as cobranças, seja concedendo créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados, seja emitindo a nova fatura ajustada no próprio mês da contestação. Ou seja, o Defendente em vez de emitir um documento fiscal específico para corrigir os contestados “Erros de Faturamento” e “Erros de Tarificação do Serviço”, promoveu, ao seu alvedrio, a concessão de créditos ou ajustes na fatura do mês em que ocorrer a contestação do cliente.

Nestes termos, como o Impugnante não emitiu o documento fiscal específico fazendo referência de forma explícita à nota fiscal anterior para demonstrar inequivocamente a comprovação dos erros, condição imprescindível para requerer a restituição do indébito, entendendo ser insuficiente a tentativa de comprovação dos aludidos erros de faturamento e de tarificação, elencando notas fiscais distintas sem a explicitação da motivação, dos erros ocorridos e sem a vinculação expressa da nota fiscal originária.

Assim, entendo que resta caracterizada a acusação fiscal.

No que diz respeito ao pedido da defesa para cadastramento do nome do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço na Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP 34.006-056, para fins de recebimento das intimações das intimações no presente feito, sob peba de nulidade, observo que nada obsta que a secretária atenda solicitação. Entretanto, saliento que o eventual não atendimento não implica motivo de nulidade, eis que as formas e critérios para intimação do sujeito passivo são preconizados no art. 108, do RPAF-BA/99.

Voto pela Procedência do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0229-03/17, vem, por seus advogados, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Dizendo da legitimidade do aproveitamento de créditos de ICMS objeto da autuação, assevera que referidos créditos derivam de cobranças indevidas - erros de faturamento ocasionados por falhas operacionais no processo de precificação das chamadas dos clientes – e que após verificação interna ou mediante contestação da fatura, acolheu as reclamações e cancelou as cobranças equivocadamente realizadas, quer concedendo créditos aos clientes em valores equivalentes àqueles erroneamente faturados, quer emitindo nova fatura ajustada no próprio mês da contestação.

Alegando que o crédito tomado por si originou-se a partir do ICMS que havia sido recolhido sobre serviços erroneamente faturados, entende que uma vez adotadas as providências para a correção das cobranças junto a seus clientes, o tributo correspondente também deve ser cancelado. Ou seja, “... 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”.

Na linha traçada, aduz que não teria se caracterizado o fato imponible do tributo, qual seja a efetiva prestação onerosa de serviços de comunicação, nos termos do art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96, o que permite a apropriação e compensação dos créditos escriturais que se acumularam em sua escrita fiscal, conforme autoriza a legislação estadual.

Anota que em 24/02/2015, protocolou pedido de compensação de valores de ICMS indevidamente recolhidos, prestados entre 09/2013 e 12/2014, e que junto ao referido pedido, anexou os documentos comprobatórios elencados na legislação. Acrescenta que em 30/12/2015, decorridos mais de noventa dias da formalização do pedido e ante a ausência de qualquer manifestação da autoridade competente, efetuou o lançamento dos créditos em sua escrita fiscal, conforme autorizam o §2º do art. 33 da Lei Estadual nº 7.014/1996 e também o art. 78 do Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Entende que outra não pode ser a conclusão senão a de que “... o crédito autuado foi aproveitado em observância aos requisitos previstos na legislação baiana, razão pela qual é inequivocamente descabida a subsistência do auto de infração em lume, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado”.

Quanto à decisão combatida, aduz que a despeito do quanto acima anotado, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal fundamentou sua decisão na suposta ausência de “documento fiscal específico” para a correção dos erros de faturamento e de tarifação do serviço, embora tenha concluído que os ajustes foram feitos na própria fatura do mês em que ocorreu a contestação do cliente ou por meio da concessão de créditos.

Analizando o voto condutor da decisão, conclui que os membros da JJF entenderam que embora descumprido o procedimento formal consistente na emissão de “documento fiscal específico”, o ajuste teria sido feito, o que não nega a legitimidade do crédito fiscal apropriado, mas, quando muito, apenas aponta para o descumprimento de formalidade pela empresa autuada. Lembra que não há na legislação qualquer exigência de que o contribuinte emita algum documento fiscal específico para a correção das faturas com vistas ao aproveitamento de crédito de ICMS.

Consigna que, quando da sua impugnação, fez vir aos autos faturas e planilha que, nos termos do art. 74, IV, do RPAF/BA, forneceriam subsídios para certificar a legitimidade do crédito tributário apropriado, documentos tais que não teriam sido analisados pela instância *a quo*. Reitera pedido de verificação fiscal.

Aduz que ainda que sejam superadas as suas razões, ainda assim razão não assistiria ao Fisco, registrando que o crédito tributário existe e que o desrespeito ao suposto procedimento formal levaria a mero descumprimento de obrigação acessória e eventual aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Reiterando a 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, entende que sua conduta não impôs prejuízo ao erário nem enriquecimento sem causa do sujeito passivo, aduzindo que seria razoável a aplicação de multa por supostas inobservâncias formais. Menciona julgado deste Conselho Fazenda (CONSEF, 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JJF nº 1259/00, AI nº 141596.0004/99-7, D.O.E. de 11.05.2000, destacamos), no qual se declarou improcedente auto de infração lavrado em decorrência de estornos de débitos efetuados sem o cumprimento das formalidades previstas no RICMS quando demonstrado o pagamento indevido.

Repisa a tese de que apenas teria cometido falta em razão de descumprimento de obrigação formal, anota que caso acolhido o seu pleito de conversão do débito em multa pelo descumprimento de obrigação acessória, impõe-se a sua aplicação em patamares razoáveis, conforme jurisprudência deste CONSEF.

Renova seu pedido de realização de nova verificação fiscal, entendendo que restará demonstrada a legitimidade dos créditos aproveitados, decorrentes de cancelamentos de cobranças telefônicas indevidas, com as consequentes devoluções dos valores anteriormente faturados aos clientes-reclamantes. Formula quesitos.

Por derradeiro, pugna pela procedência do seu recurso voluntário para que seja reformado o Acórdão JJF nº 0229-03/17, para que seja cancelado o auto de infração objurgado, com a

consequente extinção do crédito tributário nele consubstanciado.

Sucessivamente, requer que o débito seja convertido em multa pelo descumprimento de obrigação acessória (multa formal), a ser aplicada em patamares razoáveis.

Em Informação Fiscal colacionada às fls. 100/102, os Autuantes dão conta de que a recorrente não teria adicionado “... nenhuma informação na sua defesa que pudesse comprovar que ele realizou o estorno do crédito utilizado em 31/01/2016 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”.

Em conclusão, após breves, muito breves considerações sobre as razões recursais, os Autuantes mantêm todos os termos da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário em discussão.

O conselheiro efetivo Tiago de Moura Simões substituiu o presidente Maurício Souza Passos da 2ª CJF.

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 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso interposto pelo Contribuinte tem como fulcro a apreciação das razões de insurgência em face da decisão de primeiro grau que julgou integralmente procedente o Auto de Infração, cuja acusação é de utilização indevida de crédito de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, no mês de janeiro de 2016.

O sujeito passivo, em sua tese, aduz que é legítimo o aproveitamento de créditos de ICMS objeto da autuação, afirmando que tais créditos derivam do cancelamento de cobranças indevidas ocorridas em razão de erros de faturamento ocasionados por falhas operacionais no processo de precificação das chamadas dos clientes. Na linha traçada, registra que provocou a SEFAZ pedindo de compensação de valores de ICMS, não tendo recebido qualquer resposta por mais de noventa dias.

Questiona a decisão de piso, aduzindo que não teriam sido devidamente apreciados documentos juntados com a defesa e que teriam o condão de elidir a acusação fiscal.

Concluindo, entende que da sua conduta, poder-se-ia aplicar apenas multa por descumprimento de obrigação acessória em face do fato de que a apropriação dos créditos em discussão tem amparo na legislação.

Pois bem, analisando o processo, em relação à nulidade suscitada, ainda que de modo indireto, entendo que não tem razão o Recorrente. Da compulsão dos autos, vê-se que há na peça acusatória a clara exposição dos fundamentos de fato e de direito, certo que o fato descrito como típico está na legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial.

Dito isto, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voltando o olhar às etapas processuais, sobretudo o quanto suscitado pela Recorrente no que pertine à produção de prova pericial, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação,

de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Ou seja, nada há no processo que dê substância à alegação recursal de que não teriam sido apreciados documentos trazidos ao processo em sede de defesa, certo também que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos, documentos e planilhas referidos na fase instrutória de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

Relativamente à decisão da JJF, na mesma trilha, não se vislumbra qualquer mácula ou vício que tenha o condão de determinar a sua nulidade.

Nesses termos, não acolho a nulidade suscitada.

Especificamente em relação ao pedido de realização de nova verificação fiscal, entendo que os elementos já colacionados aos autos são suficientes para o convencimento e formação de juízo de valor por parte dos Conselheiros desta 2ª CJF, sobre a discussão em tela.

Merece nota o fato de que compete ao sujeito passivo demonstrar a veracidade da sua tese por meio de fatos, elementos e documentos que, de maneira específica e absolutamente indiscutível, tenham o condão de ao menos, colocar em dúvida a constituição do lançamento, o que não se fez nos presentes autos. De todo modo, para a hipótese de a Recorrente ter elementos com tais características, é possível provocar a PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade.

No mérito, a discussão gira em torno da legitimidade da apropriação de créditos de ICMS por ter o sujeito passivo lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.

A tese recursal está no fato de que teria a Recorrente apresentado pedido de autorização para compensação do ICMS pago indevidamente relativo a serviços de telecomunicações cobrados indevidamente, por vários motivos.

Se pode verificar que o pedido de compensação ocorreu em 2015 e referiu-se a cobranças indevidas entre 09/2013 e 12/2014, e foi indeferido em 19/06/2016, tendo sido intimada a ora Recorrente em 18/11/16 para explicar se a empresa já havia realizado o estorno dos créditos que teve parecer pelo indeferimento. Em resposta à intimação, A Telefônica alegou que os créditos foram utilizados com fundamento no art. 10, §1º, da LC 87/96.

É de se destacar também que em Parecer, a SEFAZ esclareceu ao recorrente que as justificativas apresentas são as mesmas trazidas neste processo, imporiam a necessidade de refaturamento com a emissão de novo documento fiscal. Ocorre que nos registros e documentos do recorrente não há a confirmação da emissão do documento de refaturamento, o que autoriza a conclusão de que tais documentos jamais foram emitidos.

Assim, analisando os documentos colacionados aos fólios do processo, percebe-se que, ainda que plausível a tese do sujeito passivo, o fato é que não há a comprovação da emissão dos documentos de refaturamento, ou seja, não há prova inequívoca da regularidade da apropriação dos créditos de ICMS em voga, sendo certo que, por tudo o quanto trazido ao processo, a Recorrente deixou de emitir os documentos fiscais específicos para corrigir cobranças derivadas de “*Erros de Faturamento*” e “*Erros de Tarificação do Serviço*”, preferindo, em desalinho com a legislação de regência da matéria, a concessão de créditos ou ajustes na fatura do mês em que ocorrera a contestação do cliente.

Ademais, o exame dos autos revela que o Sujeito Passivo após ingressar com pedido de restituição em 2015, tendo, a repartição fazendária, proferido decisão em junho/2016, indeferindo o pleito empresarial, não promoveu a interposição do recurso voluntário, conforme prevê o art. 81 do RPAF. Informa, a empresa, que apresentou impugnação ao presente lançamento, pois foi a partir desse momento que passou a dispor dos documentos que respaldavam o uso do crédito, cujo direito lhe foi negado.

Ora, tendo tido oportunidade de manejar o recurso próprio à desconstituição da decisão administrativa denegatória, e não o tendo feito, perdeu, o Sujeito Passivo, a oportunidade desconstituir o ato administrativo referido, sucumbindo aos efeitos da decisão proferida pela administração tributária.

Não poderia, agora, no âmbito do processo administrativo fiscal, obter decisão nesse sentido, pois falece competência administrativa a esse Conselho de Fazenda para reconhecer o direito pleiteado, cuja atribuição o Regulamento do Processo Administrativo – RPAF atribuiu ao Diretor da Administração Tributária, nos termos do seu artigo 81, já referido.

Assim, não tendo adotado qualquer medida, administrativa ou judicial, com vistas a desconstituir a decisão denegatória da inspetoria, não resta outra atitude, a esse órgão julgador, senão reconhecer os efeitos próprios do ato administrativo proferido pela inspetoria, o qual afastou a possibilidade de creditamento extemporâneo do imposto.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **269135.0010/17-2**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$634.777,51**, 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, 26 de julho de 2018.

TIAGO DE MOURA SIMÕES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS