



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:870/2008
PROCESSO: 2007/6040/503588
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7.318
RECORRENTE: AMERICEL S/A
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA: Aproveitamento Indevido de Crédito. Estorno de Débito. Prestação de Serviço de Telefonia - *Não há que prevalecer o estorno de créditos de ICMS, feitos pela auditoria sem considerar provas anexadas aos autos, por meio eletrônico, e por não se conseguir, no curso processual, comprovar a prática do ilícito.*

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por maioria, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por falta de motivação e provas materiais do ilícito denunciado. Votos contrários dos conselheiros Paulo Afonso Teixeira e Elena Peres Pimentel; Por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por tipificação incorreta de infração e por maioria, rejeitar o pedido de diligência, argüidas pela Recorrente. Voto contrário do conselheiro Paulo Afonso Teixeira. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e por maioria, dar-lhe provimento para, reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração n.º 2007/004405 no valor de R\$125.746,56 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinqüenta e seis centavos). Voto contrário da conselheira Elena Peres Pimentel. Os Srs. Ricardo Shiniti Konya e Leandro Brudniesky fizeram sustentações orais pela Fazenda Pública e Recorrente, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel e Raimundo Nonato Carneiro. Presidiu a sessão de julgamento do dia 27 de novembro de 2008, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: João Gabriel Spicker

VOTO: A empresa foi autuada por aproveitar indevidamente créditos do ICMS na importância de R\$125.746,56 (Cento e vinte cinco mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinqüenta e seis centavos), referente a estorno de débito das notas fiscais de serviço de telecomunicação mod. 22 de números 7974, 8330, 8328 e 8333, datadas respectivamente de 31/10/2005, 30/11/2005, 30/11/2005 e 31/12/2005, crédito aproveitado em desacordo com o que determina o artigo 416, §§ 3º e 4º, do RICMS (dec. 462), e convênio ICMS n.º 39/01, relativo ao período de 31/10/2005 a 31/12/2005.

A autuada foi intimada, apresentou impugnação tempestiva.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Os autos são devolvidos ao autuante, para saneamento, que lavrou termo de aditamento, às folhas 87, retificando o contexto descrito no campo 4.1 do auto de infração e informa as violações ao convenio ICMS nº 39/01.

Devidamente intimado do termo de aditamento o contribuinte apresenta impugnação ao mesmo.

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou o auto de infração procedente, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário, conforme exigido na inicial, mais acréscimos legais.

Devidamente intimado da sentença de primeira instância o contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo.

Argüiu preliminar de nulidade do auto de infração em razão da ausência da devida motivação, isso porque, deixa de descrever quais foram as violações ao convênio ICMS nº. 39/01 constatadas e nem apontou as razões que levaram a fiscalização tributária a desconsiderar as tomadas de créditos realizadas pela recorrente. Argüiu, também, nulidade por incorreção do lançamento quanto à capitulação legal, fato este que decorre que no auto de infração está indicado como dispositivo legal infringido o disposto no artigo 416 do RICMS, que se refere a serviços internacionais, no entanto, o auto de infração trata de suposta utilização indevida de créditos de ICMS decorrente do Plano Franquia, o qual não tem qualquer correlação com prestações de serviços internacionais. Quanto à nulidade pela ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova do contribuinte, não pode o fisco presumir a ocorrência de fato descrito como hipótese de incidência, uma vez que a atividade de lançamento é vinculada, correndo o risco de se em assim proceder violar as disposições do artigo 142 do CTN; que a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, por presumir que os créditos de ICMS tomados pela recorrente não estariam de acordo com o disposto no convenio n.º 39/01. E isso tudo sem apresentar qualquer fundamentação ou comprovação de suas alegações.

No mérito, aduz que embora parte dos serviços de telefonia utilizados pelos clientes não seja efetivamente por ela prestada, em razão dos termos do plano franquia, ao emitir sua nota fiscal destaca o valor integral do plano, sem levar em consideração que parte dos serviços foi prestada por outra operadora de telefonia. E é exatamente em ralação a essa parte de serviços de telefonia prestada por outra empresa, que a recorrente efetuou, em sua contabilidade, o estorno do correspondente débito do ICMS para fins de apuração do imposto efetivamente devido, estornos estes que foram glosados pela fiscalização tributária, ensejando, assim, a lavratura do auto de infração ora em discussão.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Finalmente, vem requerer que seja dado total provimento ao recurso, para fim de se reconhecer a nulidade do auto de infração, caso assim não se entenda, que seja dado provimento ao recurso para o fim de cancelar o auto de infração.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomendou a manutenção da sentença de primeira instância.

Visto, analisado e discutido o presente processo que trata de aproveitamento indevido de ICMS, pelo estorno de débitos de notas fiscais de prestação de serviço de telecomunicação.

Em seu recurso o contribuinte traz a preliminar de nulidade do lançamento por falta de motivação e provas materiais do ilícito denunciado, e, também, a preliminar de nulidade do lançamento por tipificação incorreta da infração.

Entendo que as preliminares não devem prevalecer, uma vez que o autor do procedimento junta provas possíveis de denunciar um ilícito, entendo também que a infração esta corretamente tipificada, portanto, afasto as preliminares argüidas.

No mérito é perceptível que o contribuinte feriu o convenio 39/01 ao não noticiar o numero do telefone na nota fiscal para o qual foi re-faturado o serviço, porém, entendo que tal infração não é motivo para o estorno dos débitos, na verdade, talvez tenha ocorrido um descumprimento de obrigação acessória, também há que se considerar que ao juntar provas do relatório por amostragem não se consegue provar que houve o ilícito noticiado pelos autores do procedimento.

Ante ao exposto, rejeito as preliminares de nulidade do lançamento por falta de motivação e provas materiais do ilícito denunciado e de nulidade do lançamento por tipificação incorreta de infração e o pedido de diligência, argüidas pela Recorrente. No mérito, conheço do recurso, dou-lhe provimento e voto reformando a sentença de primeira instância, julgo improcedente o auto de infração n.º 2007/004405 no valor de R\$125.746,56 (Cento e vinte cinco mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinqüenta e seis centavos).



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos
18 dias do mês de dezembro de 2008

Presidente

Conselheiro Relator

Representação Fazendária