

A. I. N °. - 298636.0023/10-5
AUTUADO - SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-03/11

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No período fiscalizado não mais vigorava o § 3º da cláusula 3ª do Convênio ICMS 126/98, em face da adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS 123/05, através do Convênio ICMS 59/06, da alteração nº 80 ao RICMS/BA, com a publicação do Decreto nº 10.072/06, que lhe acrescentou os §§ 2º, 3º e 4º ao artigo 569-A. Restou comprovado que os procedimentos adotados pelo sujeito passivo na efetivação dos estornos de débitos contrariaram a disposição legal verificada na legislação tributária do Estado da Bahia, desde quando se referiram a valores constantes em documentos fiscais, o que tornou caracterizado o lançamento de ofício. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$70.323,47, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, nos meses de abril a junho de 2010. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 09.

Consta, no campo Descrição dos Fatos do Auto de Infração, que o contribuinte, prestador de serviços de TV por assinatura, estornou débitos lançando, no livro Registro de Entradas, notas fiscais com o ICMS destacado, usando o Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP 2.205 para anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de prestações de serviços de comunicação. Consta também que o Convênio ICMS nº 126/98, no §3º da cláusula terceira, admite estorno de débito e estabelece condições para tanto; que o Convênio ICMS nº 123/05 autoriza vários Estados (não incluído o da Bahia) a não aplicar esse dispositivo, enquanto que o Convênio ICMS nº 59/06 inclui a Bahia no Convênio ICMS nº 123/05; que o §4º do artigo 569-A do RICMS/BA estabelece que não se aplicam as regras de estorno de débito previstas no §3º da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, significando que empresas de telecomunicações e comunicações não estão autorizadas a estornar débitos automaticamente. Consta ainda a informação de que o livro Registro de Entradas, no qual estão escriturados os estornos de débitos indevidos, estão anexados ao Auto de Infração, com os estornos indevidos marcados, e que a parcela do ICMS estornado devido ao Estado da Bahia é 50% do total, conforme estabelece o Convênio ICMS nº 52/05.

Os autuantes acostam, às fls. 04 e 05, cópia de correspondência eletrônica mantida com o sujeito passivo, na qual o contribuinte encaminha ao Fisco cópia de seus livros Registro de Entradas, de Saídas e de Apuração do ICMS; às fls. 06 a 08, cópias dos Convênios ICMS nºs 126/98, 123/05 e 59/06; às fls. 10 a 55, cópia do livro Registro de Entradas do sujeito passivo.

Às fls. 56 e 57, comprovante de entrega, ao sujeito passivo, das fls. 01 a 56 deste processo.

O autuado, por intermédio de advogados com Procuração e Substabelecimento às fls. 72 e 73, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 59 a 68, aduzindo ser empresa prestadora de serviços de distribuição de programação de televisão multicanal por assinatura em todo o território brasileiro, por meio de transmissão direta via satélite. Aduz tratar-se do serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite (*DTH - Direct to Home*), modalidade de serviço de telecomunicação, regulamentada pelo Decreto nº 2.196/97 e por outros atos normativos expedidos pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. Acrescenta que esses serviços referem-se essencialmente à transmissão, por sinais codificados de telecomunicações enviados por satélite, de programas de televisão e de áudio, captados pelos assinantes por meio de aparelhos receptores especialmente desenvolvidos para tanto (antenas, *receivers*, decodificadores, etc.).

Salienta que, apesar de muitos dos programas transmitidos serem produzidos e gravados no exterior, é titular dos direitos de sua transmissão para o território brasileiro, contraindo com os assinantes o vínculo jurídico cujo objeto é a transmissão, o que é feito através de sua sede, situada no Estado de São Paulo. Por esta razão, é inscrito como contribuinte do ICMS nesse Estado, a partir do qual celebra contratos com os assinantes. Entretanto, atendendo ao disposto no Convênio ICMS nº 113/04, é regularmente inscrito no Estado da Bahia sob nº 75.623.605.

Observa que, de acordo com a Fiscalização, ao seguir as disposições do Convênio ICMS nº 126/98, teria indevidamente estornado débitos de ICMS, quando não poderia fazê-lo, pois o Estado da Bahia, expressamente, não autoriza tal conduta, uma vez que em razão das disposições do Convênio ICMS nº 59/06 e do artigo 569-A do RICMS/BA, são vedados os procedimentos previstos no Convênio ICMS nº 126/98 para realizar o estorno de débitos decorrentes de serviços de comunicação indevidamente lançados pelos contribuintes. Sustenta que é totalmente descabida a pretensão do Fisco, haja vista que os procedimentos que adota estão de acordo com as disposições da legislação fiscal à qual afirma que estaria vinculado.

Passa a argüir a nulidade do lançamento em razão do enquadramento legal utilizado pela Fiscalização. Copia os artigos 112 e 113 do RICMS/BA e aduz que havendo recolhimento do ICMS, tal valor é passível de ser estornado e recuperado pelo contribuinte. Que em seus registros constam estornos de ICMS lançados em suas contas na forma de créditos, em razão de cancelamentos ou reduções dos serviços contratados que, por diversos motivos, deixaram de ser efetivamente prestados. Que os estornos efetuados por si, impugnante, efetuados, estão, na forma prevista na legislação aplicável e no regime especial do qual é detentor, suportados por relatórios internos de cancelamentos e notas fiscais emitidas para registrar tais operações. Que o procedimento de estorno realizado também encontra fundamento na legislação do Estado da Bahia. Que os dispositivos que fundamentam a autuação impugnada não são suficientes para demonstrar a suposta infração em que a Impugnante teria incorrido, a qual seria capaz de gerar a imposição pretendida. Que embora sinalizando a possibilidade de se efetuar o estorno dos débitos recolhidos indevidamente, a fundamentação da autuação com base nos dispositivos transcritos prejudica a sua contestação, em manifesta violação ao princípio da ampla defesa. Cita a Constituição da República, textos de juristas e o artigo 18 do RPAF/99. Repete que a autuação seria nula.

No mérito, passa a falar da impossibilidade de cancelamento dos estornos de ICMS levados a efeito pela Fiscalização, aduzindo que considerando a sua numerosa base de assinantes, no exercício regular de suas atividades é fato comum ocorrer o cancelamento ou a suspensão de serviços, inclusive serviços que já foram cobrados, mas ainda não foram prestados. Que antes do advento do Convênio ICMS nº 115/03, a grande maioria das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, a exemplo dele, impugnante, possuía Regime Especial com seus respectivos Estados para escrituração e emissão de documentos fiscais. Que naquele período ele, impugnante, apurava as receitas provenientes da sua prestação de serviços de telecomunicações, emitindo, ao final de períodos mensais, notas fiscais por Unidade da Federação na totalidade do faturamento mensal. Que os seus serviços são cobrados dos clientes/assinantes de forma mensal,

nas datas convencionadas em contrato. Que em virtude das disposições legais acerca da prestação de serviços de comunicação, ele, impugnante, como regra, está obrigado a emitir as faturas relativas aos seus serviços antes de decorrido o período ao qual tal cobrança está vinculada. Que, em outras palavras, está obrigado, pela legislação do ICMS, a antecipar a emissão da nota fiscal, que acaba contemplando todo um período em que o serviço ainda não foi efetivamente prestado.

Que desta forma, considerando a sistemática da cobrança destes serviços, para conseguir que as suas faturas cheguem aos assinantes em tempo hábil para pagamento, executa dois processos em seu sistema gerencial, compreendidos como transação e faturamento. Que no processo de transação apura todas as receitas faturáveis relativas às suas atividades no período, gerando um extrato para a futura emissão das suas cobranças. E no processo de faturamento, baseado nas informações geradas no processo de transação, emite as faturas de cobrança, remetendo-as aos assinantes. Que assim, tendo em vista que os serviços de TV por assinatura são cobrados antecipadamente dos assinantes, os processos de transação e de faturamento são realizados aproximadamente 20 e 12 dias antes do vencimento das faturas, respectivamente. Que, até à edição do aludido Convênio ICMS nº 115/03, tendo em vista o Regime Especial do qual era detentor, ele, impugnante, apurava o ICMS incidente sobre as suas operações no momento do processo de transação. E que, após a vigência do Convênio ICMS nº 115/03, passou a emitir notas fiscais diretamente a cada cliente/assinante, tributando suas operações no momento do processo de faturamento dos serviços a serem prestados.

O contribuinte prossegue aduzindo que assim, considerando a antecipação da apuração destes valores, era comum que no período entre os referidos processos ocorressem eventos posteriores alterando os valores dos serviços contratados. Que, considerando que os seus serviços são faturados antes de efetivamente prestados, existe um intervalo considerável entre a tributação dos serviços e o término do período ao qual esta tributação se refere. Que, apesar de determinada fatura relativa a determinado período de referência já ter sido regularmente emitida com o destaque do valor total do serviço e o total do ICMS a ele relativo, comumente recebe de seus assinantes, ainda durante este mesmo período de referência, solicitações de cancelamento, suspensão e *downgrades* dos serviços, que acabam, em última análise, reduzindo o valor da prestação. Que, nos casos de solicitação de cancelamento de serviços, o que ocorre na prática é a efetiva interrupção da prestação dos serviços a partir da data em que tal cancelamento foi solicitado, ainda que durante o período de referência já faturado. E que, por sua vez, as solicitações de suspensão dos serviços implicam na cessação temporária, pelo período requerido pelo assinante, da disponibilização dos sinais no mês da solicitação. Que, nos casos do *downgrade*, o assinante opta por migrar para um plano de assinatura de valor inferior ao originalmente contratado, o que obriga a que ele, sujeito passivo, realize a migração solicitada, ainda que no curso do período já faturado. Que em todos esses casos descritos há uma redução no valor do serviço prestado, de modo que a base de cálculo dos impostos a eles relativa deve ser ajustada para corresponder à realidade da efetiva prestação. Que desta forma, nos termos previstos na legislação, efetua ajustes em suas receitas para que estas correspondam à efetiva prestação dos serviços prestados no período, corrigindo eventuais distorções. Que não havendo a concreta prestação dos serviços, não há que se falar na ocorrência do fato gerador do ICMS, motivo pelo qual ele, defendente, tem que tomar as medidas necessárias para adaptar os valores cobrados dos assinantes que irão compor a base de cálculo do ICMS. Que, pelo fato de a sua atividade ser peculiar, não permitindo identificar fisicamente o que está sendo devolvido/cancelado, está obrigado a se socorrer das disposições gerais sobre serviços de telecomunicações previstas no Convênio ICMS nº126/98. Que, de acordo com o disposto na cláusula terceira, §3º, inciso I, do Convênio ICMS nº126/98, nos casos de estorno de débito de imposto devido a cada Unidade Federada deve o contribuinte, de forma consolidada, emitir relatório interno, que permanecerá à disposição da fiscalização durante o mesmo prazo exigido

para os documentos fiscais, contendo as informações relativas à nota fiscal objeto do estorno, além dos motivos que determinaram tal estorno.

O sujeito passivo expõe ser detentor do Regime Especial nº 12214-475747/2006, concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, segundo o qual, até 30/07/2012, no que tange ao estorno de débito, deve obedecer às regras contidas no aludido Convênio ICMS nº 126/98. Que, desta forma, para todos os valores estornados elaborou relatório interno nos termos do Convênio e do Regime Especial mencionados, emitindo mensalmente uma Nota Fiscal baseada nas informações do relatório para documentar os registros dos estornos dos débitos. Que a obediência ao Convênio ICMS nº 126/98 e ao Regime Especial decorre diretamente do princípio da territorialidade do ICMS. Que, como regra, antes da edição da Lei Complementar nº 102/2000, o ICMS devido sobre os serviços de *DTH* por si prestados eram efetivamente tributados pelo Estado no qual tais serviços eram de fato cobrados. Que somente a partir da mencionada Lei é que o serviço de *DTH*, por se tratar de serviço não-medido, cobrado por período definido de tempo, passou a ser tributado em proporções iguais (50%) pelos Estados de domicílio do prestador do serviço e de localização do seu tomador, quando estiverem presentes em Estados distintos. Que somente a regra de arrecadação do imposto sofreu alteração, permanecendo o contribuinte obrigado a observar estritamente as disposições constantes da legislação expedida pelo Estado em que está estabelecido no que se refere ao regular cumprimento das obrigações acessórias vinculadas às suas atividades, atendendo ao que dispõe o princípio da territorialidade do ICMS. Que, estando localizado no Estado de São Paulo, deve atender às regras e diretrizes traçadas por aquele Estado para fins de apuração e recolhimento do imposto, e que, no caso analisado, as regras previstas pelo Fisco paulista foram devidamente observadas, as quais têm como base o Convênio ICMS nº 126/98 e o Regime Especial concedido.

O impugnante prossegue expondo que eventual legislação baiana impedindo a aplicação das disposições do Convênio ICMS nº 126/98 para fins de realização do estorno de débitos indevidamente lançados em sua escrita fiscal deve ser aplicada exclusivamente aos contribuintes estabelecidos na Bahia, não sendo oponível às prestações de serviços tributáveis pelo ICMS oriundas de contribuintes estabelecidos em outros Estados, sujeitos, portanto, às diretrizes e regras por eles estabelecidas, como no caso ora em debate. Que nesse contexto, segundo o Regime Especial nº 12214-475747/2006, até 30/07/2012 ele, impugnante, está vinculado às regras contidas no aludido Convênio ICMS nº 126/98. Que, em atendimento às regras dos referidos Convênios e Regime Especial, emitiu os relatórios relativos aos meses de abril, maio e junho de 2010, bem como as Notas Fiscais n 1466, 1493 e 1521, com Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) nº 2.205, referentes ao período autuado, com o intuito de documentar os estornos de débitos realizados. Argumenta que, considerando que a anulação dos seus serviços decorre diretamente da constatação de que não houve sua efetiva prestação e, por conseguinte, não foi caracterizada a ocorrência do fato gerador do ICMS, e de que ele, impugnante, agiu e age em completa consonância com o procedimento que lhe foi outorgado pelo Estado de São Paulo por meio de Regime Especial, seria evidente que parcela alguma do ICMS poderia ser exigida sobre estes valores, nem penalidades poderiam lhe ser impostas. Afirma que o Convênio ICMS nº 115/03, que tem por objetivo uniformizar o cumprimento das obrigações acessórias pelos prestadores de serviço de comunicação sujeitos a emissão de documentos fiscais em via única por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, do qual o Estado da Bahia também é signatário, e que se aplica às atividades dele, impugnante, sempre deve ser interpretado tendo por base as regras de emissão e escrituração fiscal do Estado de localização do contribuinte, devendo apenas manter e entregar arquivos eletrônicos aos fiscos das demais Unidades Federativas nas quais estejam localizados os tomadores dos seus serviços, sem, contudo, estar obrigado a observar estritamente as disposições relativas a obrigações acessórias eventualmente expedidas por esses Estados. Que o Ajuste SINIEF de 15/12/1970, que trata dos Códigos Fiscais das Operações e Prestações (CFOP), e ao qual os Estados da Federação devem necessariamente se submeter, prevê expressamente, por intermédio de seu código “2.205”, a possibilidade de

anulação de valor relativo à prestação de serviço de comunicação nos casos de valor faturado indevidamente. Que a possibilidade de estorno de valores debitados indevidamente é norma cogente no Direito Tributário, tais quais os relativos aos serviços cancelados ou não prestados, pois se assim não for, os contribuintes seriam compelidos ao recolhimento de tributos, sobretudo de ICMS, sobre valores que não compreendem as suas respectivas bases de cálculo. Que, desta forma, diante da correção do procedimento por si adotado, nos termos da legislação vigente, registrou todas as suas operações nos relatórios e livros próprios, verificando-se a ilegitimidade da pretensão da Fiscalização em exigir o ICMS sobre os valores relativos aos estornos dos serviços.

Conclui expondo que diante do grande volume de folhas que representam e, ainda, considerando que a Fiscalização já obteve acesso aos relatórios internos que registraram os cancelamentos no período autuado, em observância ao princípio da economia processual, ele, impugnante, acosta aos autos os aludidos relatórios apenas em meio magnético (CD), colocando-se à disposição para juntá-los em vias impressas, caso seja necessário. Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas. Pede pelo cancelamento do Auto de Infração, sendo dado provimento à impugnação.

O autuado acosta documentos e mídia CD às fls. 70 a 149.

O autuante presta informação fiscal às fls. 152 e 153 mantendo a autuação e argüindo que o sujeito passivo alega falta de fundamentação para a cobrança dos estornos indevidos de débitos, mas que tal alegação é absurda, pois o Auto de Infração está fundamentado no §4º do artigo 569-A do RICMS/BA, que veda a aplicação do disposto no parágrafo terceiro da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, portanto veda o estorno automático de débitos por parte de empresas prestadoras de serviços de comunicação e telecomunicação. Que, conforme explicado no Auto de Infração, em hipótese alguma o RICMS/BA admite que o contribuinte prestador de serviços de comunicação e telecomunicação proceda ao estorno automático de débitos.

Assevera, quanto à alegação de cerceamento de defesa por parte da Fiscalização, que a mesma não procede, pois o autuado tomou ciência da lavratura do Auto de Infração, recebeu uma via do Auto de Infração idêntica à via do processo e teve o prazo legal para organizar a sua defesa.

Relata que o contribuinte alega o princípio de territorialidade do ICMS para defender a tese de que, por estar localizado no Estado de São Paulo, deve observar apenas o Regulamento do Estado de São Paulo, e ignorar o da Bahia. Que o Convênio ICMS nº 52/05, na sua cláusula oitava, estabelece que aplicam-se as normas tributárias da legislação da Unidade Federada de localização do tomador do serviço que não conflitem com o disposto naquele Convênio. Que este mesmo Convênio ICMS nº 52/05, na sua cláusula primeira, estabelece que quando o tomador do serviço de televisão por assinatura estiver localizado em Unidade Federada distinta daquela em que estiver localizado o prestador, a base de cálculo do ICMS devido a cada Unidade Federada corresponde a 50% do preço cobrado do assinante. Que, portanto, para a parcela do ICMS devida ao Estado de São Paulo cumpre-se o determinado pelo Regulamento do Estado de São Paulo, e para a parcela de imposto devido ao Estado da Bahia deve-se cumprir o estabelecido pelo Regulamento de ICMS do Estado da Bahia. Que o §4º do artigo 112 do RICMS/BA estabelece que “o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal”. Que, assim, o autuado deveria ter entrado com pedido de restituição, apresentando provas de que os serviços pagos foram devolvidos aos seus respectivos clientes que solicitaram o cancelamento do serviço, ou migração para um serviço mais barato. Que a empresa tem a obrigação de conhecer e de cumprir o Regulamento de ICMS do Estado do qual é contribuinte, e proceder à escrituração fiscal conforme determina o referido Regulamento. Que não é justificativa plausível a alegação defensiva quanto a ser impossível atender às exigências do RICMS/BA quanto aos procedimentos para escrituração fiscal.

Conclui expondo que, em respeito ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, o crédito tributário cobrado é completamente procedente.

O autuante acosta, às fls. 154 a 160, cópia do julgamento do Auto de Infração nº 298.636.0001/09-8, lavrado contra o mesmo sujeito passivo, aduzindo que este Auto de Infração foi julgado procedente por unanimidade neste CONSEF, Acórdão JJF nº 0150-01/10, tratando-se de infração idêntica à do presente Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Assinalo que, conforme detalhadamente exposto no Relatório que antecede este voto, no campo “Descrição dos fatos”, à fl. 01 do Auto de Infração cuja cópia o sujeito passivo recebeu, estão listados os Convênios ICMS cujas cláusulas também tratam do assunto objeto da presente lide, além de artigos do RICMS/BA, e descrição minuciosa da infração objeto de discussão, dados que também explicitam, de forma clara, a base e motivação do quanto imputado. Portanto, ao contrário do quanto asseverado pelo sujeito passivo, não estão apenas indicados os artigos 112 e 113 do RICMS/BA, e foi devidamente assegurado, ao impugnante, o amplo direito de defesa.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito da imputação. Arguição de nulidade rejeitada.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em 20/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$70.323,47, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação desse imposto, nos meses de abril a junho de 2010. O demonstrativo do levantamento fiscal está anexado à fl. 09 dos autos.

O impugnante argumenta que os estornos de débito de ICMS que geraram o presente lançamento de ofício decorreram do cancelamento, ou da suspensão, de serviços anteriormente contratados, inclusive serviços que já tinham sido cobrados de seus contratantes, porém que não tinham sido prestados. Que, entretanto, as faturas tinham sido previamente emitidas, resultando que às vezes o ICMS era destacado no documento fiscal sem que o serviço efetivamente tivesse sido prestado.

Insurge-se contra a aplicação, na autuação, dos dispositivos regulamentares que regem o ICMS no Estado da Bahia, por entender que os limites para a realização do estorno de débitos indevidamente lançados na escrita fiscal, contidos na legislação tributária baiana, deveriam ser aplicados apenas aos contribuintes estabelecidos na Bahia, e que por estar sediado no Estado de São Paulo estaria sujeito apenas às regras tributárias estabelecidas no Estado de São Paulo. Também cita possuir Regime Especial concedido pela Secretaria da Fazenda daquele Estado, no que concerne ao estorno de débito tributário, e que pautou sua escrituração conforme tal Regime Especial.

Observe que apesar das alegações defensivas contrárias à aplicação pelos autuantes dos dispositivos regulamentares do Estado da Bahia, na realidade, a despeito de o impugnante encontrar-se estabelecido no Estado de São Paulo, efetivamente encontra-se na condição de contribuinte no Estado da Bahia, devendo adequar-se às normas estatuídas pela legislação tributária do ICMS deste Estado. Assim sendo, além do explicitado acima, considero como perfeitamente pertinente a indicação, no campo “Enquadramento legal” do Auto de Infração, dos artigos 112 e 113 do RICMS/BA, como artigos infringidos, haja vista que se mostrou evidente o descumprimento, pelo autuado, de uma exigência da legislação tributária da Bahia quanto ao

impedimento de efetuar estorno de débito após os valores se encontrarem consignados em documento fiscal.

Cabe consignar que, em período anterior à autuação, para documentar o registro do estorno de débito processado pelo contribuinte era exigida a elaboração de relatório específico por período de apuração e consolidado, além da emissão de Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações – NFST, ou Nota Fiscal de Serviço de Comunicação - NFSC, para documentar o registro do estorno dos débitos, cujos valores deveriam ser iguais aos constantes do referido relatório. Contudo, esse procedimento não mais pode ser acatado após a adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS nº 123/05, através do Convênio ICMS nº 59/06, que ocorreu em agosto de 2006 com a entrada em vigor da Alteração nº 80 do RICMS-BA, através do Decreto nº 10.072/06, de 15/08/2006, que acrescentou o §4º ao artigo 569-A do RICMS/BA, dispositivo este citado no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, e abaixo reproduzido:

RICMS/BA:

art. 569-A. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, indicadas no Anexo Único do Conv. ICMS 126/98, adotarão regime especial de tributação do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de telecomunicações, observados os termos a seguir e os demais procedimentos previstos no referido convênio:

(...)

§4º Não se aplica as regras referentes a estorno de débito constantes no §3º da cláusula terceira do Conv. ICMS 126/98.

Portanto, a partir do início da vigência do Convênio ICMS nº 59/06, ou seja, agosto de 2006, o contribuinte pode ingressar com pedido de restituição, consoante determinação do artigo 112, §4º, do RICMS/BA, conforme transcrito abaixo:

RICMS/BA:

art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

(...)

§ 4º. O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

A leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos permite concluir que o débito fiscal referente ao período fiscalizado, ou seja, referente aos meses de abril a junho de 2010, somente poderia ser estornado caso não se houvesse originado de valor constante em nota fiscal emitida.

Assim, como no presente caso trata-se de situação em que, por equívoco na determinação da base de cálculo pelo contribuinte, decorrente de cobrança de serviço de telecomunicação não prestado, conforme expõe, então o estorno é cabível na forma prevista nos artigos 73 e 74 do RPAF/99, a seguir transcritos:

RICMS/BA:

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.

(...)

art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

1 - indicação do valor da restituição pleiteada;

- II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;*
- III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;*
- IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.*

Desta forma restou evidenciado, no presente processo, que o autuado promoveu o estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia. Observo que o argumento apresentado pelo autuado para o desatendimento da exigência legal fora a de que procedera ao estorno do débito fiscal por iniciativa própria, pelo fato de ter ocorrido erro em seu faturamento, que resultou na inclusão na fatura, e nas notas fiscais emitidas para seus clientes, de serviços não prestados. Portanto, entendo que assiste razão aos autuantes, pois procederam corretamente ao lançamento, diante da constatação de estorno de débito fiscal de ICMS em desacordo com as exigências previstas nos artigos 112 e 113 do RICMS/BA e especificada nos artigos 73 e 74 do RPAF/99.

Vale consignar que este entendimento está em conformidade com julgados deste Conselho de Fazenda, a exemplo do Acórdão CJF nº 0288-12/09, cujo voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Márcio Medeiros Bastos, transcrevo parcialmente abaixo:

“Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo demonstrar que utilizou o procedimento de recuperação do imposto de forma correta, e não apenas alegar que a fiscalização privilegiou a forma em detrimento do direito material.

Ressalte-se, ainda, que em algum momento foi afirmado que os referidos créditos eram indevidos, sendo, portanto, impugnada a forma em que os mesmo foram estornados pelo autuado.

Da mesma forma, em que o Auto de Infração deve ser vinculado, os procedimentos adotados pelo administrado também devem obedecer à forma prescrita em lei, caso esta última não atenda o quanto determinado pela legislação tributária, deve o agente do fisco aplicar a lei, que no presente caso foi à glosa dos créditos indevidamente escriturados / utilizados.”

Assim, resta provado o cometimento da infração imputada ao autuado, haja vista que este não cumpriu as determinações previstas na legislação do ICMS do Estado da Bahia, concernentes ao estorno de débito fiscal. A multa corretamente indicada no Auto de Infração está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0023/10-5**, lavrado contra **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.323,47**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f”, do artigo 42 da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR