

**PROCESSO** - A. I. N° 298636.0023/10-5  
**RECORRENTE** - SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0022-03/11  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 28/03/2012

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0079-11/12

**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 3<sup>a</sup> 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 n° 80 ao RICMS/BA, com a publicação do Decreto n° 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JJF n° 0022-03/11 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputá-lo estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de abril a junho de 2010.

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 126/98, no §3º da cláusula terceira, admite estorno de débito e estabelece condições para tanto; que o Convênio ICMS 123/05 autoriza vários Estados (não incluído o da Bahia) a não aplicar esse dispositivo, enquanto que o Convênio ICMS 59/06 inclui a Bahia no Convênio ICMS 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 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 52/05.

A Relatora da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto, inicialmente rechaçou a arguição de nulidade do Auto de Infração, consignando que: estão 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, pronunciando-se quanto ao mérito da imputação.”

No mérito, assim se manifestou pela Procedência da referida infração, *in verbis*:

“...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.

Observo 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 transscrito 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:

I - 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 mesmos 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 este 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.”.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 179 a 186 - onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, para que seja cancelado o Auto de Infração, aos seguintes argumentos, em síntese:

- I. que é prestadora de serviços de distribuição de programação de televisão multicanal por assinatura, serviços cobrados dos clientes/assinantes de forma mensal, nas datas convencionadas em contrato, e que em virtude das disposições legais acerca da prestação de serviços de comunicação como regra deve necessariamente emitir as faturas relativas

aos seus serviços antes de decorrido o período ao qual tal cobrança está vinculada, antecipando, assim, a emissão da nota fiscal, que acaba contemplando todo um período em que o serviço ainda não foi efetivamente prestado;

- II. que, assim, 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, sendo que pelo primeiro apura todas as receitas faturáveis relativas às suas atividades no período, gerando um extrato para a futura emissão das suas cobranças e, pelo segundo, baseado nas informações geradas no processo de transação, emite as faturas de cobrança, as remetendo aos assinantes.
- III. que, dessa forma, tais processos são realizados aproximadamente 20 e 12 dias antes do vencimento das faturas, respectivamente e, tendo em vista o Regime Especial que lhe foi concedido através do Convênio ICMS 126/98, apurava o ICMS incidente sobre as suas operações no momento do processo de transação;
- IV. que, após a vigência do Convênio ICMS 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;
- V. 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, recebe de seus assinantes, ainda durante este mesmo período de referência, solicitações de cancelamento, suspensão e *downgrades* dos serviços, que acabam modificando para menor valor da prestação, já que nos casos de solicitação de cancelamento de serviços, ocorre, na prática, 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;
- VI. 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 e que, nos casos de *downgrades*, o assinante opta por migrar para um plano de assinatura de valor inferior ao originalmente contratado, o que o obriga a realizar a migração solicitada, ainda que no curso do período já faturado;
- VII. que, como visto, em todos os casos descritos acima 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, motivo pelo qual, 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;
- VIII. que em não havendo a concreta prestação dos serviços não há que se falar na ocorrência do fato gerador do ICMS, motivo pelo qual tem que tomar as medidas necessárias para adaptar os valores cobrados dos assinantes que, em última análise, irão compor a base de cálculo do ICMS;
- IX. que o fato de a atividade ser peculiar, não permitindo identificar fisicamente o que está sendo devolvido/cancelado, e a circunstância de estar localizado fisicamente no Estado de São Paulo, realizando as transmissões dos sinais a partir deste Estado, e ser beneficiária de Regime Especial por ele concedido para proceder ao estorno dos débitos de ICMS devidos sobre suas atividades, o obriga, ainda que indiretamente, a se socorrer das disposições gerais sobre serviços de telecomunicações previstas no Convênio ICMS 126/98, do qual o Estado da Bahia e de São Paulo são signatários;
- X. que esta obrigação decorre diretamente do princípio da territorialidade do ICMS, já que antes da edição da LC nº 102/2000, o ICMS devido sobre os serviços pro ele prestados eram efetivamente tributados pelo Estado no qual tais serviços eram de fato cobrados, mas que

a partir da mencionada LC 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;

- XI. que, no entanto, somente a regra de arrecadação do imposto sofreu alteração, permanecendo o recorrente 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 fielmente ao que dispõe o princípio da territorialidade do ICMS;
- XII. que, assim, estando localizado no Estado de São Paulo, deve atender às regras e diretrizes traçadas por este Estado para fins de apuração e recolhimento do imposto e que eventual legislação baiana impedindo a aplicação das disposições do Convênio ICMS nº 126/98 para fins realização do estorno de débitos indevidamente lançados em sua escrita fiscal deve ser aplicada exclusivamente aos contribuintes lá estabelecidos, não sendo oponível às prestações de serviço tributáveis pelo ICMS oriundas de contribuintes estabelecidos em outros Estados, sujeitos, portanto, às diretrizes e regras por eles estabelecidas, exatamente como no caso ora em debate;
- XIII. que, neste contexto, segundo o Regime Especial nº 12214-475747/2006, que lhe foi concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, até 30/07/2012, deve ela obedecer às regras contidas no aludido Convênio ICMS 126/98, no que tange ao estorno de débito;
- XIV. que, de acordo com o disposto na cláusula quarta do referido Regime Especial, 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, relatórios estes que a fiscalização da Bahia, ao invés de utilizar para comprovação dos cancelamentos, utilizou como base presumida para equivocadamente lhe exigir o ICMS;
- XV. que, desta forma, para todos os valores estornados elaborou relatório interno nos termos do Regime Especial mencionado e da qual é beneficiária, emitindo mensalmente uma nota fiscal baseada nas informações do relatório para documentar os registros dos estornos dos débitos, conforme cópia impressa do relatório relativo ao período compreendido entre abril e junho de 2010 que juntou aos autos;
- XVI. que tanto é assim que o próprio Convênio ICMS 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 a Bahia também é signatária e que se aplica às atividades do recorrente, 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 obrigada a observar estritamente as disposições relativas a obrigações acessórias eventualmente expedidas por estes Estados;
- XVII. que a regra do Convênio ICMS 52/05 que garante aos estados aplicar a legislação própria nos casos em que não confrontam com as regras do Convênio deve ser temperada pela diretriz imposta pelo Convênio ICMS 115/03; ou seja, tratando-se de Convênios impositivos, devem eles ser interpretados em conjunto, tendo suas disposições acolhidas e observadas pelos Estados signatários, como é o caso da Bahia, não havendo possibilidade de o Estado da Bahia negar o procedimento que adotou, exclusivamente com base no Convênio ICMS 52/05, sem observar, contudo, as regras do Convênio ICMS 115/03;

- XVIII. que, ainda, o próprio Ajuste SINIEF s\ nº, de 15/12/1970, que trata dos Códigos Fiscais das Operações e Prestações, e ao qual os Estados da Federação devem necessariamente se submeter, prevê expressamente, por intermédio de seus códigos “1.205” e “2.205”, a possibilidade de anulação de valor relativo à prestação de serviço de comunicação nos casos de valor faturado indevidamente;
- XIX. que as notas fiscais e os livros de registro de ICMS do recorrente consignam todas as informações dos cancelamentos efetuados nos períodos, refletindo exatamente o que consta nos relatórios internos a eles relativos, e que a possibilidade de estorno de valores debitados indevidamente é norma cogente no Direito Tributário, pois se assim não for, os contribuintes serão compelidos ao recolhimento de tributos, sobretudo de ICMS, sobre valores que não compreendem as suas respectivas bases de cálculo;
- XX. que, além disso, o procedimento adotado não trouxe prejuízo algum ao Estado da Bahia, tanto que a autuação nunca questionou o montante efetivamente estornado, mas tão somente o procedimento adotado pelo recorrente, o que revela o apego da fiscalização baiana ao aspecto formal do procedimento adotado, deixando de lado o aspecto material dos estornos realizados, daí porque o máximo que poderia lhe ser imputado seria multa formal por descumprimento de obrigação acessória, o que necessitaria da lavratura de outro Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 196, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que a legislação vigente à época dos fatos geradores da presente autuação não permitia o estorno do débito do ICMS conforme realizado pelo contribuinte, que deveria ter procedido pedido de restituição, nos termos do art. 112 do RICMS, considerando a regra expressa do art. 569-A do mesmo diploma legal, já que a BA aderiu ao Convênio ICMS 125/05, excluindo a aplicabilidade da regra do §3º da cláusula terceira do Convênio ICMS 128/98 a esse estado.

Às fls. 198 a 200, consta pedido do patrono do recorrente solicitando a suspensão do andamento do presente processo, para evitar a constituição definitiva do crédito e sua consequente inscrição em dívida ativa, diante do pedido de restituição que ingressou junto ao Estado da Bahia, conforme documento de fls. 201 e 202, e que alcança os mesmos fatos geradores constantes do presente lançamento de ofício, ao argumento de que existe uma relação entre os conteúdos dos dois processos administrativos que convergem em relação à possibilidade de utilização dos indébitos de ICMS creditados pela requerente na forma de estorno.

Encaminhada a petição por esta relatora ao Presidente do CONSEF, nos termos do despacho de fls. 204, autoridade competente para sobre essa se manifestar, consta às fls. 205 manifestação do Presidente no sentido de negar o pleito do recorrente, ao argumento de que a continuidade do processamento do processo administrativo epigrafado não prejudica o pedido de restituição de indébito, além de este último ser necessário ao posterior deslinde das pendências tributárias do contribuinte com o Fisco, ressaltando que o presente PAF poderá ser quitado com os valores decorrentes da restituição do indébito, acaso deferido.

## VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecerem guarida às razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal, repetições dos trazidos na peça impugnatória, foram devidamente rechaçados pela Relatora da JJF, não tendo o condão de elidir a infração que lhe foi imputada, perfeitamente caracterizada nos autos.

A questão ora posta em apreciação já é por demais conhecida pelos julgadores deste Conselho Administrativo de Julgamento, por ter sido objeto de julgamento em lançamentos de ofícios semelhantes, lavrados contra outras empresas do setor de telecomunicações.

Inicialmente, registre-se, como bem pontuado pela JJF, que o recorrente é inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia e, como tal, está adstrito às regras dessa unidade federativa, não tendo um regime especial concedido por outro estado – no caso o Estado de São Paulo – força para ser oposto ao nosso estado, e nem os convênios citados em sua peça recursal dão guarda ao seu entendimento equivocado, ao contrário do que quer fazer crer o recorrente.

Por outro lado, ninguém olvida a possibilidade de ocorrência de cancelamentos, suspensão e *downgrades* na atividade exercida pelo recorrente. No entanto, o Estado da Bahia, dentro do seu poder de legislar quanto ao imposto que lhe cabe na prestação de serviço de comunicação realizada pelo recorrente, através do Convênio ICMS 59/06, publicado no Diário Oficial da União de 12/07/06, aderiu ao Convênio ICMS 123/05, que autoriza os estados a não aplicar a regra inserida no § 3º da Cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, que previa o estorno de débito nos moldes realizados pelo recorrente.

Por sua vez, através do Decreto nº 10.072/06, publicado no Diário Oficial do Estado de 16/08/06, foi acrescentado o § 4º ao artigo 569-A do RICMS/97, abaixo transscrito, trazendo a regra de exceção ao Estado da Bahia da regra disposta no §3º da Cláusula terceira do convênio ICMS 126/98:

**“Art. 569-A. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, indicadas em ato da COTEPE, 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 aplicam as regras referentes a estorno de débito constantes no § 3º da cláusula terceira do Conv. ICMS 126/98. ”.**

Portanto, desde 16/08/06 – portanto abrangendo os fatos geradores objeto da presente autuação – nas hipóteses de cancelamentos, suspensão e *downgrades*, devem as empresas de telecomunicações e de comunicação obedecer ao que determina a legislação baiana, em especial o disposto nos artigos 112 e seu §4º do RICMS/97 e 136, que assim determinam, in verbis:

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

**§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.** (grifos não originais)

...

**§ 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.**” (grifos não originais)

**“Art. 136. As quantias indevidamente recolhidas ao Estado:**

**I - poderão ser objeto de estorno de débito, observado o disposto nos arts. 112 e 113;**

**II - sendo inadmissível o estorno, serão restituídas ao contribuinte, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, observado o disposto no art. 33 da Lei nº 7014, de 4 de dezembro de 1996”.**

Assim, como os estornos de débito efetuados pelo recorrente não decorreram de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, como expõe o §1º do dispositivo retrotranscrito, deveria o recorrente efetuar pedido de restituição, nos termos do seu §4º, procedimento previsto não só no RICMS, mas na lei instituidora do ICMS neste estado – Lei nº 7.014/96, em seu art. 33, abaixo transscrito:

**“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”.**

Registre-se, ainda, que não restou comprovado que houve um mero descumprimento de obrigação acessória por parte do recorrente, a ensejar tão-somente aplicação de penalidade formal, como requer o recorrente, pois somente através do processo regular de restituição poderá ser verificado se de fato ocorreram as hipóteses de recolhimento indevido. No entanto, este Conselho de Fazenda não é competente, nos termos do artigo 79 do RPAF/99, abaixo transcritos, para analisar a regularidade dos estornos efetivados pelo recorrente, a fim de verificar se houve ou não, recolhimentos indevidos do imposto estadual:

**“Art. 79. São competentes para apreciar o pedido de restituição:**

**I - em caso de devolução de ICMS, ITD, IPVA, Contribuição de Melhoria e Taxa na área do Poder Executivo:**

**a) no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos;  
(...)”**

Daí porque, como bem consignou a Conselheira Denise Andrade Barbos no Acórdão nº 023-11\12 proferido em Auto de Infração lavrado contra empresa do setor de telecomunicações sobre a mesma matéria deste lançamento de ofício, “...caso este Colegiado decidisse pela improcedência do lançamento de ofício e a aplicação de penalidade formal, como deseja o recorrente, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal estaria solapando a competência atribuída legalmente a outro órgão, isto é, ao Coordenador de Processos, no âmbito da DAT Metro, ao qual o Recorrente é vinculado, em face de sua jurisdição. Além disso, julgar improcedente a autuação significaria declarar que os valores lançados pelo contribuinte a título de estornos de débitos são verídicos sem que se realize uma análise dos demais documentos que ele é obrigado a escriturar e entregar ao Fisco, nos moldes do Convênio ICMS 126/98, e por todos os meios de prova disponíveis.”

Registre-se, por fim, que poderá o recorrente, como consignou o Presidente do CONSEF em sua manifestação quanto à petição de fl. 198, se acaso deferido o pleito de restituição de indébito, efetuar a quitação do presente Auto de Infração, nos termos previstos no art.106, parágrafo único, combinado com o art. 108, inciso I, alínea b, item 3,do RICMS.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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 298636.0023/10-5, lavrado contra **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 art. 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2012.

FABIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS