

A. I. Nº - 281081.0004/13-4
AUTUADO - TNL PCS S/A. (OI)
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACÊDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 14/11/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-05/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNOS DE DÉBITOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação estabelece que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal. Ademais o encargo tributário foi repassado aos clientes da empresa autuada. Com o estorno de débito a autuada se apropriou de imposto suportado pelos tomadores dos serviços. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 28/06/13, para exigir ICMS, no valor de R\$844.749,47, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Consta que o autuado, por erro de seus sistemas de faturamento, destacou o ICMS em seu documento fiscal ao prestar serviços de telecomunicação aos seus clientes, quando uma liminar judicial previa a não taxação desses serviços. Foi consignado que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA/97) estabelece no seu artigo 112 que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Também consta que o autuado deverá estornar o crédito fiscal, utilizado de forma irregular no seu livro Registro de Apuração de ICMS, e peticionar pedido de restituição, referente ao valor pago indevidamente, de acordo com o disposto no art. 73 do RPAF/99.

O autuado, por meio de advogados, procuração e substabelecimento anexados às fls. 56/58 do PAF, apresentou impugnação (fls. 46 a 54), discorrendo, inicialmente, sobre a tempestividade, os fatos, as infrações e os dispositivos do RICMS-BA/97 que fundamentam o Auto de Infração.

Em seguida, afirmou que a autuação não merece prosperar. Disse que os créditos glosados estão amparados em decisão judicial prolatada pelo Tribunal de Justiça da Bahia nos autos do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0 (fls. 96 a 107).

Afirmou que os autuantes foram informados que esses créditos eram decorrentes de ICMS recolhido equivocadamente sobre “receitas de facilidades e assinaturas”. Explicou que essas receitas são oriundas de serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, disponibilidade, assinatura, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que apenas otimizem ou agilizem o processo de comunicação.

Asseverou que, ao persistir na cobrança sobre o valor do crédito tomado, a fiscalização baiana incorre em equívoco ao exigir ICMS sobre um serviço meramente preparatório, que não se confunde com a prestação de serviço de telecomunicação, conforme a decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, por meio da qual foi determinado que o fisco baiano não exigisse do autuado ICMS sobre serviços que não possuem natureza de comunicação, como assinatura mensal sem franquia de minutos.

Disse que restou comprovado no Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0 que a tributação de serviços meramente instrumentais ou preparatórios, que não possuam natureza de comunicação, constitui ofensa ao princípio da legalidade, em razão da incidência de tributo sobre serviços não contemplados legalmente pelo fato gerador do ICMS. Transcreve trecho da ementa da decisão proferida pela TJ-BA.

Mencionou que a autuação parte da suposta impropriedade formal no estorno do débito, implicando cobrança dos valores equivocadamente tributados sobre a assinatura mensal do serviço de telecomunicação. Pontuou que, assim, houve desrespeito à referida decisão judicial.

Do exame do livro Registro de Apuração de ICMS, utilizado pela fiscalização, ficou demonstrada a correspondência entre os valores estornados e os pagamentos indevidos a título de ICMS sobre “Facilidades” e “Assinatura”, conforme faz referência o Anexo 01 – doc. 3 (fl. 80).

Afirmou que não há o que se falar em qualquer valor de imposto devido no presente caso, uma vez que a origem da obrigação se relaciona com a receita auferida pelo autuado sobre a cobrança de serviço meramente preparatório, sobre o qual não incide o tributo, conforme determina a ordem vigente no Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0.

Realçou que o Estado da Bahia, prevendo a compensação com forma de extinção do crédito tributário, elenca no artigo 93 do RICMS-BA/97 as situações em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo a hipótese do inciso VIII a aplicável ao caso em comento. Transcreveu esse dispositivo regulamentar e, em seguida, afirmou que o RICMS-BA/97 reconhece o direito subjetivo de o contribuinte quitar seus débitos mediante a compensação com créditos decorrentes de imposto recolhido indevidamente, ou seja, de realizar o estorno de escrituração de débitos. Sustenta que é este o caso dos autos, em que o defendente recolheu equivocadamente ICMS sobre receitas que foram declaradas pelo Judiciário como não tributáveis.

Sustentou que, constatando-se o indébito, é direito subjetivo do contribuinte compensar-se dos valores recolhidos indevidamente. Aduziu que o procedimento adotado pela empresa está em conformidade com as disposições do § 1º, do art. 112, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu na peça defensiva, destacando que no caso concreto não que se falar em estorno de débito irregular e muito menos em imposto a pagar.

Ao finalizar, o autuado requereu que o Auto de Infração seja anulado e o crédito tributário extinto.

Na informação fiscal, prestada às fls. 111 a 113, os autuantes esclarecem que o contribuinte não foi autuado por ter prestado serviços de telecomunicações previstos no Convênio ICMS 69/98, como alegado na defesa. Disseram que, dessa forma, os argumentos defensivos acerca da tributação desses serviços ficam ultrapassados.

Ressaltaram, em seguida, que o contribuinte foi autuado por ter realizado estorno de débito fiscal de forma irregular, contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia. Frisaram ainda que o autuado, por erro em seu sistema de faturamento, destacou o ICMS em seu documento fiscal, ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, sendo que esses serviços estavam amparados por uma liminar judicial que previa a não taxação desses serviços por parte do Fisco. Mencionaram que o autuado de forma equivocada efetuou o estorno do débito desses valores diretamente em seu livro Registro de Apuração de ICMS, contrariando o disposto no art. 112 do RICMS-BA/97. Explicaram que esse citado dispositivo regulamentar, no seu § 4º, prevê que quando o débito fiscal for lançado a mais ou indevidamente em documento fiscal só poderá ser ressarcido por meio de pedido de restituição, efetuado nos termos do art. 73 do RPAF/99. Reproduziram o disposto no artigo 112, § 4º, do RICMS-BA.

Após transcreverem as disposições do artigo 73 do RPAF/99, salientaram que a legislação é clara quando afirma que a restituição do imposto pago indevidamente será feita a quem provar haver assumido o encargo financeiro ou estiver autorizado por quem tiver suportado este ônus financeiro. Realçaram que no caso em tela quem assumiu tal encargo foram os clientes do

autuado, que pagaram pela fatura emitida pelo defendente, cabendo apenas a esses clientes o direito de entrar com a petição do indébito tributário.

Destacaram mais a frente que, no decorrer da ação fiscal, intimaram o autuado (fl. 09) a comprovar ter ressarcido, aos seus clientes, o ICMS que fora cobrado indevidamente, em virtude de erro cometido pelo sistema de faturamento da TNL PCS, ao tributar os serviços de facilidades.

Asseveraram que o autuado, na resposta de fls. 10/11, não comprovou ter efetuado o ressarcimento citado acima, enfatizando tão somente, que efetuou os estornos de débito com respaldo e amparo na decisão judicial proferida no mandado de segurança de nº 0000729-02.2009.805.0000-0.

Afirmaram ainda que o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material quanto processual. Assim, não poderia o defendente lançar mão do estorno desse débito, fazendo um creditamento a seu favor.

Informaram, ao concluir, que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão Nº 0160-01/12, de 27/07/2012, decidiu, de forma unânime, pela procedência do Auto de Infração nº 281081.0003/12-0, envolvendo a mesma matéria posta em discussão nesse processo. Ressaltaram que naquele PAF figuraram como autuantes a mesma equipe de fiscalização.

Ao finalizar a peça informativa pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Na descrição dos fatos, os autuantes consignaram que o autuado, por um erro, destacou ICMS em seus documentos fiscais ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, quando existia medida liminar determinando a não tributação desses serviços.

Conforme consta no Auto de Infração e na informação fiscal, a ação fiscal está fundamentada no pressuposto de que, por força de Medida Liminar, as prestações de serviços de telecomunicações referentes aos débitos citados na autuação não são tributadas pelo ICMS.

Dessa forma, sobre a não tributação das prestações em comento não há qualquer controvérsia. Não procedem aos argumentos defensivos atinentes à tributação das “receitas de facilidades e assinaturas”, aos serviços meramente preparatórios, etc. Os autuantes, expressamente reconheceram, no Auto de Infração, que esses serviços, enquanto vigente a Medida Liminar, não são tributados pelo ICMS. Não há, portanto, qualquer desrespeito à decisão judicial, como tentou fazer crer o autuado.

O cerne da questão está em saber se o autuado poderia ter estornado os débitos referentes a esses serviços não tributáveis pelo ICMS e que, por um erro do fiscalizado, tiveram o ICMS correspondente destacado nos documentos fiscais.

O autuado sustenta que o art. 93 do RICMS-BA/97 elenca as situações em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo a hipótese do inciso VIII a aplicável ao caso.

Essa tese defensiva não merece prosperar, pois esse dispositivo regulamentar deve ser interpretado em conjunto com o artigo 112 do mesmo Regulamento, tanto que no fim do inciso VIII do artigo 93 há uma expressa alusão a esse artigo.

O artigo 112, do RICMS-BA/97, prevê que *o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal*.

Considerando que no caso em tela o imposto foi destacado no documento fiscal, o autuado não tinha amparo legal para efetuar o estorno do débito em tela. Ao decidir agir contra expressa disposição regulamentar, o autuado atraiu para si as consequências desse seu procedimento.

O disposto no § 4º do art. 112 do RICMS-BA/97, determina que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Ao tratar sobre a restituição de indébito, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/99), no seu artigo 73 assim dispõe:

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.

Da leitura do dispositivo acima, depreende-se que a restituição do indébito se fará apenas *a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente.*

No desenrolar da ação fiscal, os autuantes intimaram no autuado a comprovar que o ICMS referente aos serviços de facilidades e assinaturas, cujos débitos foram estornados no livro Registro de Apuração de ICMS, tinha sido devidamente ressarcido aos clientes (fl. 9).

Em resposta a essa intimação, o autuado não comprova ter ressarcido os seus clientes, limitando-se a defender a não incidência do ICMS sobre os serviços denominados genericamente de “facilidades”.

Tendo em vista que o autuado não fez prova do ressarcimento a seus clientes do valor do ICMS indevidamente cobrado, não há como o defendente querer se beneficiar desse imposto cujo ônus financeiro foi suportado pelos tomadores dos serviços, sob pena de incidir em enriquecimento sem causa.

Por outro aspecto, conforme já frisado acima, a restituição de valores pagos indevidamente deve ser feito mediante o procedimento regulamentar previsto – no caso o art. 112, § 4º, do RICMS-BA/97, combinado com o art. 73, do RPAF/99. Como foi bem salientado pelos autuantes na informação fiscal, o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material ou o processual.

Ressalto ainda a existência da decisão contida no Acórdão Nº 0160-01/12, de 27/07/2012, que de forma unânime, deliberou pela procedência do Auto de Infração nº 281081.0003/12-0, envolvendo a mesma matéria em discussão nesse processo. Na ementa da citada decisão consta que: “A legislação estabelece que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime”. Valho-me também da decisão citada para fundamentar o este voto.

Pelo acima exposto, a infração imputada ao autuado restou caracterizada e, portanto, foi correto o procedimento dos autuantes e são devidos os valores lançados de ofício.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0004/13-4**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$844.749,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

A. I. N° - 281081.0004/13-4
AUTUADO - TNL PCS S/A. (OI)
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACÊDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 14/11/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0187-05/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNOS DE DÉBITOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. A legislação estabelece que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal. Ademais o encargo tributário foi repassado aos clientes da empresa autuada. Com o estorno de débito a autuada se apropriou de imposto suportado pelos tomadores dos serviços. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 28/06/13, para exigir ICMS, no valor de R\$844.749,47, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Consta que o autuado, por erro de seus sistemas de faturamento, destacou o ICMS em seu documento fiscal ao prestar serviços de telecomunicação aos seus clientes, quando uma liminar judicial previa a não taxação desses serviços. Foi consignado que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA/97) estabelece no seu artigo 112 que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Também consta que o autuado deverá estornar o crédito fiscal, utilizado de forma irregular no seu livro Registro de Apuração de ICMS, e peticionar pedido de restituição, referente ao valor pago indevidamente, de acordo com o disposto no art. 73 do RPAF/99.

O autuado, por meio de advogados, procuração e substabelecimento anexados às fls. 56/58 do PAF, apresentou impugnação (fls. 46 a 54), discorrendo, inicialmente, sobre a tempestividade, os fatos, as infrações e os dispositivos do RICMS-BA/97 que fundamentam o Auto de Infração.

Em seguida, afirmou que a autuação não merece prosperar. Disse que os créditos glosados estão amparados em decisão judicial prolatada pelo Tribunal de Justiça da Bahia nos autos do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0 (fls. 96 a 107).

Afirmou que os autuantes foram informados que esses créditos eram decorrentes de ICMS recolhido equivocadamente sobre “receitas de facilidades e assinaturas”. Explicou que essas receitas são oriundas de serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, disponibilidade, assinatura, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que apenas otimizem ou agilizem o processo de comunicação.

Asseverou que, ao persistir na cobrança sobre o valor do crédito tomado, a fiscalização baiana incorre em equívoco ao exigir ICMS sobre um serviço meramente preparatório, que não se confunde com a prestação de serviço de telecomunicação, conforme a decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, por meio da qual foi determinado que o fisco baiano não exigisse do autuado ICMS sobre serviços que não possuem natureza de comunicação, como assinatura mensal sem franquia de minutos.

Disse que restou comprovado no Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0 que a tributação de serviços meramente instrumentais ou preparatórios, que não possuam natureza de comunicação, constitui ofensa ao princípio da legalidade, em razão da incidência de tributo sobre serviços não contemplados legalmente pelo fato gerador do ICMS. Transcreve trecho da ementa da decisão proferida pela TJ-BA.

Mencionou que a autuação parte da suposta impropriedade formal no estorno do débito, implicando cobrança dos valores equivocadamente tributados sobre a assinatura mensal do serviço de telecomunicação. Pontuou que, assim, houve desrespeito à referida decisão judicial.

Do exame do livro Registro de Apuração de ICMS, utilizado pela fiscalização, ficou demonstrada a correspondência entre os valores estornados e os pagamentos indevidos a título de ICMS sobre “Facilidades” e “Assinatura”, conforme faz referência o Anexo 01 – doc. 3 (fl. 80).

Afirmou que não há o que se falar em qualquer valor de imposto devido no presente caso, uma vez que a origem da obrigação se relaciona com a receita auferida pelo autuado sobre a cobrança de serviço meramente preparatório, sobre o qual não incide o tributo, conforme determina a ordem vigente no Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.805.0000-0.

Realçou que o Estado da Bahia, prevendo a compensação com forma de extinção do crédito tributário, elenca no artigo 93 do RICMS-BA/97 as situações em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo a hipótese do inciso VIII a aplicável ao caso em comento. Transcreveu esse dispositivo regulamentar e, em seguida, afirmou que o RICMS-BA/97 reconhece o direito subjetivo de o contribuinte quitar seus débitos mediante a compensação com créditos decorrentes de imposto recolhido indevidamente, ou seja, de realizar o estorno de escrituração de débitos. Sustenta que é este o caso dos autos, em que o defendente recolheu equivocadamente ICMS sobre receitas que foram declaradas pelo Judiciário como não tributáveis.

Sustentou que, constatando-se o indébito, é direito subjetivo do contribuinte compensar-se dos valores recolhidos indevidamente. Aduziu que o procedimento adotado pela empresa está em conformidade com as disposições do § 1º, do art. 112, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu na peça defensiva, destacando que no caso concreto não que se falar em estorno de débito irregular e muito menos em imposto a pagar.

Ao finalizar, o autuado requereu que o Auto de Infração seja anulado e o crédito tributário extinto.

Na informação fiscal, prestada às fls. 111 a 113, os autuantes esclarecem que o contribuinte não foi autuado por ter prestado serviços de telecomunicações previstos no Convênio ICMS 69/98, como alegado na defesa. Disseram que, dessa forma, os argumentos defensivos acerca da tributação desses serviços ficam ultrapassados.

Ressaltaram, em seguida, que o contribuinte foi autuado por ter realizado estorno de débito fiscal de forma irregular, contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia. Frisaram ainda que o autuado, por erro em seu sistema de faturamento, destacou o ICMS em seu documento fiscal, ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, sendo que esses serviços estavam amparados por uma liminar judicial que previa a não taxação desses serviços por parte do Fisco. Mencionaram que o autuado de forma equivocada efetuou o estorno do débito desses valores diretamente em seu livro Registro de Apuração de ICMS, contrariando o disposto no art. 112 do RICMS-BA/97. Explicaram que esse citado dispositivo regulamentar, no seu § 4º, prevê que quando o débito fiscal for lançado a mais ou indevidamente em documento fiscal só poderá ser ressarcido por meio de pedido de restituição, efetuado nos termos do art. 73 do RPAF/99. Reproduziram o disposto no artigo 112, § 4º, do RICMS-BA.

Após transcreverem as disposições do artigo 73 do RPAF/99, salientaram que a legislação é clara quando afirma que a restituição do imposto pago indevidamente será feita a quem provar haver assumido o encargo financeiro ou estiver autorizado por quem tiver suportado este ônus financeiro. Realçaram que no caso em tela quem assumiu tal encargo foram os clientes do

autuado, que pagaram pela fatura emitida pelo defendente, cabendo apenas a esses clientes o direito de entrar com a petição do indébito tributário.

Destacaram mais a frente que, no decorrer da ação fiscal, intimaram o autuado (fl. 09) a comprovar ter ressarcido, aos seus clientes, o ICMS que fora cobrado indevidamente, em virtude de erro cometido pelo sistema de faturamento da TNL PCS, ao tributar os serviços de facilidades.

Asseveraram que o autuado, na resposta de fls. 10/11, não comprovou ter efetuado o ressarcimento citado acima, enfatizando tão somente, que efetuou os estornos de débito com respaldo e amparo na decisão judicial proferida no mandado de segurança de nº 0000729-02.2009.805.0000-0.

Afirmaram ainda que o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material quanto processual. Assim, não poderia o defendente lançar mão do estorno desse débito, fazendo um creditamento a seu favor.

Informaram, ao concluir, que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão Nº 0160-01/12, de 27/07/2012, decidiu, de forma unânime, pela procedência do Auto de Infração nº 281081.0003/12-0, envolvendo a mesma matéria posta em discussão nesse processo. Ressaltaram que naquele PAF figuraram como autuantes a mesma equipe de fiscalização.

Ao finalizar a peça informativa pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação. Na descrição dos fatos, os autuantes consignaram que o autuado, por um erro, destacou ICMS em seus documentos fiscais ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, quando existia medida liminar determinando a não tributação desses serviços.

Conforme consta no Auto de Infração e na informação fiscal, a ação fiscal está fundamentada no pressuposto de que, por força de Medida Liminar, as prestações de serviços de telecomunicações referentes aos débitos citados na autuação não são tributadas pelo ICMS.

Dessa forma, sobre a não tributação das prestações em comento não há qualquer controvérsia. Não procedem aos argumentos defensivos atinentes à tributação das “receitas de facilidades e assinaturas”, aos serviços meramente preparatórios, etc. Os autuantes, expressamente reconheceram, no Auto de Infração, que esses serviços, enquanto vigente a Medida Liminar, não são tributados pelo ICMS. Não há, portanto, qualquer desrespeito à decisão judicial, como tentou fazer crer o autuado.

O cerne da questão está em saber se o autuado poderia ter estornado os débitos referentes a esses serviços não tributáveis pelo ICMS e que, por um erro do fiscalizado, tiveram o ICMS correspondente destacado nos documentos fiscais.

O autuado sustenta que o art. 93 do RICMS-BA/97 elenca as situações em que se autoriza a constituição de crédito para compensação, sendo a hipótese do inciso VIII a aplicável ao caso.

Essa tese defensiva não merece prosperar, pois esse dispositivo regulamentar deve ser interpretado em conjunto com o artigo 112 do mesmo Regulamento, tanto que no fim do inciso VIII do artigo 93 há uma expressa alusão a esse artigo.

O artigo 112, do RICMS-BA/97, prevê que *o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal*.

Considerando que no caso em tela o imposto foi destacado no documento fiscal, o autuado não tinha amparo legal para efetuar o estorno do débito em tela. Ao decidir agir contra expressa disposição regulamentar, o autuado atraiu para si as consequências desse seu procedimento.

O disposto no § 4º do art. 112 do RICMS-BA/97, determina que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Ao tratar sobre a restituição de indébito, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/99), no seu artigo 73 assim dispõe:

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.

Da leitura do dispositivo acima, depreende-se que a restituição do indébito se fará apenas *a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente.*

No desenrolar da ação fiscal, os autuantes intimaram no autuado a comprovar que o ICMS referente aos serviços de facilidades e assinaturas, cujos débitos foram estornados no livro Registro de Apuração de ICMS, tinha sido devidamente ressarcido aos clientes (fl. 9).

Em resposta a essa intimação, o autuado não comprova ter ressarcido os seus clientes, limitando-se a defender a não incidência do ICMS sobre os serviços denominados genericamente de “facilidades”.

Tendo em vista que o autuado não fez prova do ressarcimento a seus clientes do valor do ICMS indevidamente cobrado, não há como o defendente querer se beneficiar desse imposto cujo ônus financeiro foi suportado pelos tomadores dos serviços, sob pena de incidir em enriquecimento sem causa.

Por outro aspecto, conforme já frisado acima, a restituição de valores pagos indevidamente deve ser feito mediante o procedimento regulamentar previsto – no caso o art. 112, § 4º, do RICMS-BA/97, combinado com o art. 73, do RPAF/99. Como foi bem salientado pelos autuantes na informação fiscal, o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material ou o processual.

Ressalto ainda a existência da decisão contida no Acórdão Nº 0160-01/12, de 27/07/2012, que de forma unânime, deliberou pela procedência do Auto de Infração nº 281081.0003/12-0, envolvendo a mesma matéria em discussão nesse processo. Na ementa da citada decisão consta que: “A legislação estabelece que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime”. Valho-me também da decisão citada para fundamentar o este voto.

Pelo acima exposto, a infração imputada ao autuado restou caracterizada e, portanto, foi correto o procedimento dos autuantes e são devidos os valores lançados de ofício.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0004/13-4**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$844.749,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR