

A. I. Nº - 279692.0001/15-7
AUTUADO - TNL PCS S/A.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACÊDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09/11/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-03/15

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 02/06/15, para exigir ICMS, no valor de R\$107.298,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da realização de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, - infração - **01.06.01**, nos meses de janeiro a março de 2013.

Consta que “O contribuinte efetuou estorno de débito de ICMS de forma irregular contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia, tendo em vista que o RICMS/BA estabelece em seu artigo 112 que o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal e o mesmo artigo em seu §4º orienta ao contribuinte que, quando o débito fiscal for lançado a mais ou indevidamente, em documento fiscal poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF em seu Art. 73 e o contribuinte, por erro de seu sistema de faturamento, destacou o ICMS em documento fiscal, ao prestar serviços de telecomunicações aos seus clientes, apesar desses serviços estarem amparados por uma liminar judicial, que previa a não taxação dos mesmos. Tudo apurado conforme livro registro de apuração do ICMS e anexo 01, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.”

O autuado, por meio de advogados, procuração e substabelecimento anexado à fls. 51, apresenta impugnação, fls. 39 a 59, articulando os seguintes argumentos.

Inicialmente revela que segundo o auto de infração, o estorno promovido teria sido feito em inobservância ao art. 112 do RICMS-BA/97, segundo o qual “o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal”. Isso porque, in casu, deveria ter se valido do §4º do mesmo dispositivo, que “orienta ao contribuinte que, quando o débito fiscal for lançado a mais ou indevidamente, em documento fiscal, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no RPAF em seu art. 73”.

Observa que a atuação não merece prosperar, pois, em síntese:

- a) - preliminarmente, o auto de infração é nulo, uma vez que está fundamentado em procedimento previsto no antigo RICMS/BA (aprovado pelo Dec. 6.284/97), revogado pelo RICMS/12 (Dec. 13.780/12), o qual, por sua vez, não reproduz as disposições de seu antecessor;
- b) - no mérito, relativamente ao período autuado, está amparada por liminar proferida pelo TJBA nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, para que não incida ICMS sobre as rubricas objeto da presente autuação fiscal;

c) - o procedimento previsto no art. 112, §4º do RICMS/97 foi revogado pelo RICMS/12 (aprovado pelo Dec. nº 13.780/12), que respalda o procedimento adotado, especificamente em seu art. 309, inciso IX;

Relata que o referido Auto de Infração foi lavrado sob o fundamento de que foi efetuado estorno de débito de ICMS de forma irregular, em desacordo com o art. 112 do RICMS/97(Dec. nº 6.284/97), pois, seu parágrafo quarto “orienta ao contribuinte que, quando o débito fiscal for lançado a mais ou indevidamente, em documento fiscal, poderá ser objeto de restituição, na forma prevista em seu art. 73º”.

Observa que nos termos do art. 144 do CTN, o “lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente”, de forma que a presente autuação, por tratar de débitos relativos ao período de janeiro a março de 2013, deveria estar fundamentada de acordo com o novo RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/12, em vigor desde 01/04/2012.

Assevera que ao lavrar o Auto de Infração com base em norma revogada, o Fisco incorreu em grave erro de direito, afinal, o critério jurídico utilizado como fundamento pelas autoridades fiscais somente poderia advir do RICMS-BA/12, nunca do RICMS-BA/97.

Afirma que o prejuízo causado é incontestável, pois, além de comprometer a compreensão da ilicitude do seu comportamento, também lhe dificulta sobremaneira o exercício do direito constitucional da ampla defesa.

Frisa ainda que, não obstante o Auto de Infração tenha feito referência aos dispositivos do atual regulamento vigente no campo “enquadramento legal”, a mera indicação dos mesmos não possui o condão de afastar o claro erro de direito em que incorreu a fundamentação do ato administrativo.

Revela que o lançamento de ofício é atividade vinculada que exige do Fisco a especificação precisa do que se está autuando, dos fundamentos legais da atuação e demais elementos que demonstrem a plausibilidade do lançamento. Assevera que a indicação lacônica dos dispositivos infringidos do novo RICMS inquina de nulidade o auto de infração em epígrafe, que deveria estar fundamentado com base nesses mandamentos legais.

Afirma que a entrada em vigor do Dec. nº 13.780/2012 implicou claras modificações do conteúdo normativo do art. 112 do antigo RICMS-BA/97. Assevera, que a norma constante de seu parágrafo quarto, já não subsiste no RICMS-BA/12, sendo este omissivo acerca do procedimento a ser adotado pelo Contribuinte na hipótese ora discutida nos presentes autos.

Em suma, registra que não há como se autuar o Contribuinte por descumprimento de norma inexistente, tal como ora pleiteado pela Fiscalização deste Estado, o que não poderá ser convalidado por este Conselho.

Destaca que o Auto de Infração revela-se nulo de pleno direito, porquanto lavrado em desconformidade com os preceitos do art. 142 do CTN e com os princípios da legalidade e da fundamentação dos atos administrativos, previstos no art. 37, caput da CF/88.

Diz ser imperioso o reconhecimento da nulidade do auto de infração epigrafoado, nos termos do art. 129, §1º, inciso III do COTEB (Lei nº 3.956/81), que prevê a exigência da correta “descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias” pelo auto de infração.

Frisa que, apesar dos argumentos expendidos, caso seja desconsiderada a nulidade do Auto de Infração autuação, no mérito, de igual modo não deve prosperar, porque nos termos do próprio documento anexo ao auto de infração retro citado, os valores contestados pela Fiscalização baiana referem-se ao ICMS incidente sobre receitas decorrentes do fornecimento de facilidades previstas no Convênio 69/98 a seus clientes.

Destaca que, como já foi por diversas vezes sustentado perante este colendo CONSEF, sabe-se que estas rubricas não se constituem em prestação do serviço de telecomunicação, justamente por lhes faltar a característica determinante da transmissão de uma mensagem. Observa que o fato

gerador do ICMS só ocorre quando, em razão de um contrato oneroso, “A” (prestador) realiza a intermediação de mensagens entre “B” (emissor) e “C” (receptor), com base em meios próprios ou alheios, concretizando a hipótese legal de incidência.

Diz que no caso das rubricas contestadas, essa transmissão não existe e, justamente por esta razão, o egrégio TJBA, nos autos do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, por ele impetrado em face do Estado da Bahia, concedeu a segurança pretendida ao reconhecer a não incidência do ICMS em atividades meramente conexas ao serviço de telecomunicação, como é o caso de parte das ora autuadas, cujos termos reproduz, fls. 71 a 83.

Sustenta que exigir o ICMS decorrente das atividades listadas no rol do Convênio ICMS nº 69/98 como estará a se fazer com a manutenção da presente autuação, é, sem qualquer exagero, explícito descumprimento de ordem judicial, em evidente desrespeito à determinação do egrégio TJBA nos autos do mandado de segurança referenciado. Lembra que se o TJBA concedeu a segurança no writ para determinar a não incidência de ICMS sobre as atividades previstas na cláusula primeira do Convênio nº 69/98, não haverá mais débito fiscal relativo a tais rubricas que possa ser reclamado pela Fiscalização. Simplesmente, nesse caso, não nasce a obrigação tributária apta a gerar uma relação de débito/crédito entre o ente tributante e o contribuinte.

Diz não assistir razão aos autuantes quanto a alegação do Fisco de que o “Contribuinte efetuou estorno de débito de ICMS de forma irregular contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia” e que, por esta razão, o valor exigido seria devido.

Esclarece que ocorreu, em função de um problema técnico, seus sistemas fiscais não admitiram, num primeiro momento, a emissão de notas fiscais sem destaque do ICMS. Por esta razão, sustenta que não lhe restou alternativa que não fosse - nesses meses em que os sistemas emitiram notas fiscais com destaque - realizar um ajuste no seu livro Registro de Apuração, da seguinte forma: os débitos de ICMS gerados pelo destaque foram estornados e, em seguida, transportados para a coluna Outros Créditos. Pondera que o fato de ter ocorrido destaque nas notas fiscais não tem o condão de transpor os comandos da decisão judicial. Observa que o destaque não passa de mera indicação para fins de controle, conforme determina o art. 13, §1º, inciso I, da LC nº 87/96, já que, por si só, não cria a obrigação tributária. Arremata tratar-se de simples elemento da nota fiscal, que, diante de decisão judicial determinando a não incidência do ICMS, torna-se irrelevante para fins tributários.

Explica que diante desta ordem do TJBA, a Fiscalização baiana só tinha duas opções: (i) lançar o imposto sem multa para se prevenir da decadência, hipótese em que o processo administrativo ficaria sobrestado até a decisão final no *writ*; ou (ii) havendo tipicidade da conduta, exigir da empresa o pagamento de multa por descumprimento de alguma obrigação acessória (o que se admite apenas para fins argumentativos). Continua assinalando que jamais poderia ter feito a autoridade fiscal era justamente cancelar o estorno de débito – e ainda aplicar multa – com o objetivo único de arrecadar valores, que não lhe pertencem, por meios indiretos. Diz tratar-se, em última análise, de descumprimento de decisão judicial prolatada em seu favor, por meio da qual restou reconhecido seu direito líquido e certo ao não recolhimento do ICMS sobre facilidades adicionais e de clara tentativa de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Sustenta que, dessa forma, diante da decisão do TJBA que determina a não incidência do ICMS sobre as receitas autuadas, não se pode manter a presente exigência, sob pena de explícita desobediência judicial. Continua assinalando que, mesmo restando indiscutível que o ICMS não incide sobre as rubricas ora autuadas, alega a Fiscalização que os valores lançados indevidamente como tributados não poderiam ter sido diretamente estornados pela Empresa, devendo ter sido ressarcidos por meio de pedido de compensação, na esteira do art. 112, §4º do RICMS.

Salienta que o novo RICMS é absolutamente omissivo quanto ao procedimento que deverá ser adotado na hipótese de destaque a maior do ICMS em documentos Fiscais, deixando o Contribuinte absolutamente desamparado em face de situação como a presentemente contestada.

Chama atenção para o art. 309, inciso IX, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz para asseverar o expresse reconhecimento da possibilidade de aproveitamento de créditos decorrente de estornos de débitos inclusive na hipótese de incorreções escriturais, ou seja, hipótese análoga ao presente caso. Em decorrência, o estorno dos valores equivocadamente destacados tornou-se a escolha mais razoável para o presente caso, sendo um método contábil encontrado para se cumprir imediatamente a ordem judicial.

Ressalta também - mesmo que para fins meramente argumentativos – que, caso o RICMS/12 trouxesse procedimento específico para a hipótese presentemente discutida, esse jamais poderia forçar o Contribuinte à quitação de um imposto sobre prestações reconhecidamente não tributadas (como é o caso das facilidades ora au tuadas), levando-o, posteriormente, ao caminho da restituição do indébito.

Destaca que se fosse esse o procedimento previsto, de um lado, seria o contribuinte forçado ao recolhimento de valores protegidos por decisão judicial, e, de outro, estaria sofrendo o famigerado solve et repete, o qual, por configurar verdadeiro arbítrio fiscal, é repudiado pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal desde a década de 1960.

Afirma que, diante da completa omissão do novo RICMS-BA/12 sobre qual procedimento a ser adotado no caso em que o imposto foi indevidamente destacado em documento fiscal, mas não foi recolhido, explica que o estorno de débitos feito no Registro de Apuração era a única medida viável que não conflitaria com o novo regulamento e com o próprio ordenamento tributário, não podendo por isso ser considerado irregular. Defende a adoção do procedimento previsto no próprio art. 308 e 309, VI, do RICMS-BA/12, uma vez ser este o ato menos oneroso ao Estado e ao Contribuinte conforme precedentes do CONSEF/BA.

Ressalta que diante da revogação do RICMS-BA/97 e da omissão do RICMS-BA/12, conforme acima demonstrado, bem como em vista dos ideais de eficiência e economia processual que devem pautar a atividade administrativa, o procedimento adotado era a única medida existente naquele momento capaz de atender à decisão judicial que reconheceu a não incidência do ICMS sobre as atividades au tuadas.

Observa que tal ajuste conferiu uma enorme segurança para o Erário, pois, se a decisão do TJBA vier a ser reformada, bastará estornar os valores escriturados na coluna Outros Créditos e transferi-los para a relação de débitos do período.

Menciona que a obrigação acessória, (que no presente caso seria a correta forma de proceder ao estorno do débito), no sistema do CTN, tem por finalidade exclusiva garantir o cumprimento da obrigação principal, na medida em que facilita a sua fiscalização. Pondera que, inexistindo tributo a pagar (inexistência de obrigação principal), a obrigação acessória transforma-se em simples formalidade, destituída de qualquer função, sendo desarrazoada a punição excessiva pelo descumprimento.

Destaca que sua conduta é lastreada em precedentes do CONSEF/BA, os quais reconhecem a prescindibilidade das formalidades do estorno de débito fiscal na hipótese de ausência de prejuízo ao Erário - como no presente caso, uma vez que não houve violação, na espécie, à obrigação de recolher o ICMS, posto que declaradamente indevido. Prossegue mencionando que nessa linha, para corroborar seu entendimento reproduz trecho do acórdão CJF nº 0315-12/05, em cujo bojo diz figurar consagrados os argumentos ora expendidos.

Frisa que, se dúvida não existe de que a origem do estorno de débitos é o lançamento a débito de ICMS sobre receitas não tributáveis, não pode o Estado se negar a reconhecer o direito do Contribuinte de ajustar sua escrita, tendo este Conselho da Fazenda se negado, inclusive, a cominar eventuais penalidades (multas isoladas) por supostas inobservâncias formais que não lhe causam qualquer prejuízo na perspectiva da arrecadação tributária. Assevera que, constatado o indébito, é direito subjetivo do contribuinte de ajustar sua escrita com lançamentos a crédito.

Menciona que em outra ocasião, o CONSEF/BA já julgou improcedente auto de infração lavrado em decorrência de estornos de débitos efetuados sem o cumprimento das formalidades previstas nos art. 93, incisos VIII e 113 do RICMS, quando demonstrado o pagamento indevido. Ressalta que, neste caso, o tributo chegou a ser recolhido, o que não ocorreu no presente caso, tendo verificado o equívoco no mesmo período de apuração. Reproduz trecho da decisão da 4ª JJF, no ACÓRDÃO JJF Nº 1259/00, A.I. nº 141596.0004/99-7, D.O.E. de 11/05/2000.

Assevera que, além do mero erro na emissão de notas fiscais com destaque de ICMS não conferir ao Estado da Bahia a prerrogativa de exigir o pagamento de imposto estadual sem a ocorrência do respectivo fato gerador, o procedimento adotado para efetuar o estorno do débito, ao contrário do que consta na autuação, não foi irregular - sendo, na verdade, o método menos oneroso para a Fazenda Pública e para a Empresa.

Requer sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado EDUARDO FRAGA, OAB/BA nº 10.658, sob pena de nulidade (art. 236, §1º, do CPC).

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração e a extinção do crédito tributário nele exigido, com o arquivamento do processo fiscal instaurado. Sucessivamente, pugna pela exclusão da exigência do valor do ICMS cobrado, em razão da ordem do TJBA (mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000) que determina a não incidência do ICMS sobre as rubricas autuadas, permanecendo, somente, a multa em razão de suposto descumprimento de obrigação acessória.

Propõem ainda, caso não sendo este o entendimento desta Junta de Julgamento Fiscal, que o presente Auto de Infração permaneça suspenso até ao trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, devendo o desfecho da autuação fiscal estar vinculado ao mérito daquele.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 87 a 91, observando inicialmente que este Conselho julgou procedentes PAFs que versam sobre o tema, ora em questão, por unanimidade, e resultantes de Autos de Infração lavrados contra o mesmo contribuinte a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0347-11/13, JJF Nº 0160-01/12, JJF Nº 0187-05/13 e JJF Nº 0171-05/14.

Afirmam que o autuado, em sede defesa, discorrem, inicialmente, suscita nulidade da autuação alegando que houve erro quando do preenchimento no complemento do texto padrão da Infração 01, porém a mesma reconhece que, *in verbis*: “Frisa-se, ainda, que não obstante o auto de infração tenha feito referência aos dispositivos do atual regulamento vigente no campo “enquadramento legal”. Observam que a própria autuada admite que a fiscalização da SEFAZ/BA agiu de maneira correta ao fundamentar os dispositivos legais do RICMS/BA vigente no campo oficial que é o do enquadramento legal, fl. 01. Acrescentam esclarecendo que o complemento do texto padrão é, como o próprio nome diz, uma informação complementar não obrigatória e que não sobrepõem, em oficialidade, o campo enquadramento legal, portanto não justifica a petição de nulidade do Auto de Infração solicitado pela autuada e a mesma admite isto seria um excesso de zelo.

Destacam em suas razões de defesa o impugnante informa que *in verbis*: “os créditos glosados referem-se ao ICMS supostamente incidente sobre receitas decorrentes do fornecimento, pela impugnante, de facilidades previstas no Convênio 69/98 a seus clientes.”

Registram o autuado afirma que a autuação não merece prosperar, pois os créditos fiscais glosados estão amparados em Mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, estando desobrigado ao recolhimento de ICMS sobre essas receitas, afirmando que a autuação está afrontando a liminar concedida pela justiça.

Afirmam que o impugnante reclama alegando que o atual RICMS/BA é omissivo quanto ao procedimento que deverá ser adotado na hipótese de destaque a mais do ICMS em documentos

fiscais e informa que utilizou como analogia o disposto no inciso IX do art. 309 do RICMS-BA/12 sendo esta, segundo sua opinião, a escolha mais razoável para o presente caso.

Esclarecem que o contribuinte não foi autuado por ter prestado serviços de telecomunicações previstos no Convênio ICMS 69/98, amparados pelo mandado de Segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000-0, como alegado na defesa. Asseveram que o contribuinte foi autuado por ter realizado estorno de débito fiscal de forma irregular, contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia, disposta no art. 307 do RICMS-BA/2012, assim, os argumentos defensivos acerca do desrespeito à decisão judicial, referente a tributação desses serviços do Convenio 69, amparados por liminar, ficam ultrapassados.

Explicam 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. Destacam 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. 307 do RICMS-BA/2012. Prosseguem observado que também contraria o caput do art. 73 do RPAF-BA/99, o qual 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. Arrematam afirmando que, no caso em lide quem assumiu tal encargo foram os clientes do autuado, que pagaram pela fatura emitida, cabendo apenas a esses clientes o direito de entrar com a petição do indébito tributário.

Destacam que no decorrer da ação fiscal, intimaram o autuado, fl. 06, 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 S/A, ao tributar os serviços amparados pela liminar judicial. Acrescentam revelando que em sua resposta da empresa, fls. 07 a 34, o autuado não comprovou ter efetuado o referido ressarcimento.

Asseveram que a TNL PCS S/A não tem o direito de requerer a restituição do ICMS, visto que este direito pertence, efetivamente, aos seus assinantes que arcaram com o ônus financeiro do imposto.

Sustentam que o autuado não pode criar regras próprias de tributação, quer no aspecto material quanto processual. Prosseguem registrando que o art. 307 do RICMS-BA/2012, 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. Arremata esclarecendo que esse dispositivo regulamentar em conjunto com O §4º da Clausula terceira do Convênio ICMS 126/98 orienta, o contribuinte, como agir nas situações em que o ICMS for destacado em documento fiscal, cujo teor reproduz.

Frisam que tendo em vista que o ônus financeiro foi suportado pelos tomadores do serviço fica o autuado sujeito a arcar para si as conseqüências desse seu procedimento ao decidir agir contra expressa disposição regulamentar.

Assinalam que pelo expendido, fica claro que as alegações da defesa não encontram sustentação legal na legislação baiana e não merecem prosperar.

Concluem pugnando pela manutenção da ação fiscal.

VOTO

Inicialmente cabe analisar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob o argumento de que o Auto de Infração está fundamentado em dispositivo do RICMS-BA/97 (Dec. 6.284/97), já revogado pelo RICMS-BA/12 (Dec. 13.780/12). Ao compulsar os autos verifico que, explicitamente o enquadramento legal que alicerça a autuação afigura-se devidamente caracterizado no campo

próprio do Auto de Infração, onde constam expressamente sem qualquer obscuridade: “Enquadramento: Artigos 24, 25 e 26 da Lei 7.014/96 c/c artigos 307 e 308 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012”, os quais identificam claramente a infração cometida. Entendo que a citação do art. 112 do RICMS-BA/97 na informação suplementar da infração objeto da autuação não ocasionou qualquer repercussão na compreensão da irregularidade cometida e, portanto, não repercutiu no exercício da ampla defesa do autuado. Verifico que o impugnante, ao suscitar a nulidade do lançamento, não indica, de forma objetiva, qual o aspecto, e em que termos, o aludido dispositivo regulamentar gerou dificuldade para a plena apreensão da acusação fiscal. Ademais, resta patente nos autos que o sujeito passivo compreendeu plenamente o teor da acusação fiscal, tanto é que se manifesta articulando suas razões de defesa consentânea com os fatos apurados pela fiscalização. Nestes termos, o argumento apresentado não pode ser acolhido, vez que não implicou qualquer prejuízo para a defesa, a qual, foi plenamente exercida.

Logo, considero ultrapassada a questão de ordem preliminar, haja vista que, diante do expendido, não se materializou nos autos qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

No mérito, o 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.

Inicialmente ressalto que, 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, dos presentes autos não emerge qualquer controvérsia sobre a não tributação das prestações em comento. Portanto, não devem prosperar os argumentos defensivos atinentes à tributação das “receitas de facilidades e assinaturas”, e dos serviços meramente preparatórios, etc. É indubitoso que os autuantes, expressamente reconheceram, no Auto de Infração, que esses serviços, enquanto vigente a Medida Liminar, não são tributados pelo ICMS. Logo, inexistente nos autos, portanto, qualquer desrespeito à decisão judicial, como tentou fazer crer o autuado ao articular suas razões de defesa.

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 RICMS-BA/12, assim disciplina a matéria, *in verbis*:

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Art. 308. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”.

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, eis que no dispositivo normativo de regência não estatui qualquer exceção ao regramento. Ao decidir agir contra expressa disposição regulamentar, o impugnante, ao seu alvedrio, cria regras próprias de tributação material e processual assumindo, portanto, as consequências desse seu procedimento.

É bom que se frise que, ao adotar o citado procedimento, o sujeito passivo se apropriou dos valores correspondentes em duplicidade: a) recebeu de seus clientes as parcelas que foram lançadas nas notas fiscais de serviços de telecomunicações por ocasião do pagamento das contas

pelos consumidores finais; e b) efetuou o estorno na escrita fiscal, subtraindo da Fazenda Pública os mesmos valores que foram repassados pelos clientes/consumidores.

Ressalto que este Conselho em suas decisões de 2ª Instância sobre esta matéria tem trilhado pelo entendimento assente de que a estabelece expressamente a legislação, ou seja, o débito fiscal só possa ser estornado ou anulado quando não se referir ao valor constante em documento fiscal. A exemplo do Acórdão CJF Nº 0160-01/12, de 27/07/2012, lavrado contra o ora impugnante, nas mesmas circunstâncias fáticas a 1ª CJF, a nível recursal, por unanimidade, pela procedência do Auto de Infração nº 281081.0003/12-0, mantendo a decisão de piso.

Por tudo quanto expendido, concluo que restou caracterizada a infração imputada ao autuado.

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 **279692.0001/15-7**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.298,00**, 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, 27 de outubro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA