

A. I. N° - 232948.3000/16-5
AUTUADO - RÁDIO E TELEVISÃO MODELO PAULISTA LTDA.
AUTUANTES - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO e JOSÉ ROBERTO OLIVEIRA
- CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/08/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0126-03/18

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. O autuado comprovou que durante quase a totalidade do período questionado, efetuou o recolhimento do imposto atendendo a repartição de receitas e a redução da base de cálculo, previstas na legislação. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2016, exige do autuado o valor histórico de R\$503.230,01, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015 e janeiro a junho de 2016.

Infração 01 – 03.09.01 – “Recolheu a menor o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação”.

Consta na Descrição dos Fatos: “O contribuinte recolheu a menor o imposto em virtude de erro na redução da base de cálculo ao calcular a carga tributária nos serviços de TV por assinatura infringindo o que determina o art. 267 inc. II do RICMS vigente”.

Enquadramento Legal: art. 4º, incisos I e II, §1º, C/C artigos 50 ou 51, inciso II, “I”, conforme o caso; 66, 68, 124, I; 568 ou 569, conforme o caso, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, até março de 2012 e art. 1º, III; art. 2º, VII, C/C arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96, a partir de abril de 2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 43 a 54, inicialmente abordando a tempestividade da mesma e fazendo uma breve síntese da autuação.

Em seguida, nega o cometimento da infração dizendo que o autuante entendeu que o recolhimento do ICMS, devido pelos serviços de televisão por assinatura (serviço de comunicação não medido), seria na proporção de 100% para o estado da Bahia, considerando todo o valor pago pelos assinantes residentes em tal estado, como base de cálculo, e não somente 50% deste valor, conforme estipula a legislação.

Aduz que as regras que disciplinam a distribuição do ICMS entre os Estados da Federação demonstram claramente que, nos casos como o dos autos, deve ser efetuada a divisão entre os

Estados, na proporção de 50% para o estado gerador do sinal e 50% para o Estado onde se localiza o assinante.

Visando consubstanciar seus argumentos transcreve o art. 11 e §6º, da Lei Complementar 87/1996, bem como algumas cláusulas dos Convênios ICMS 10/1998, 52/2005.

Traz, ainda, a colação o art. 13, §4º, da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo:

Art. 13...

§4º Na hipótese do inciso III, do caput deste artigo, tratando-se de serviços não medidos, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador (LC 87/96 e 102/00)

Afirma que durante todo o período objeto da autuação, recolheu o imposto de forma estritamente correta e de acordo com a legislação o ICMS devido, considerando-se como base de cálculo os assinantes e seus estados de residência, ou seja, para onde o sinal era transmitido e recebido.

Acrescenta que outro ponto a ser observado no Auto de Infração ora impugnado, é de que o autuante não atendeu a redução da alíquota para 10% permitida no art. 267, II do RICMS/BA e também previstas nos Convênios 57/1999 e posteriormente no Convênio 99/2015, conforme abaixo:

Cláusula primeira: Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de, no mínimo:

I - 10% (dez por cento), para os Estados da Bahia, Ceará, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, São Paulo e Sergipe;

II- 12% (doze por cento), para o Estado de Minas Gerais;

Alega que apesar do Convênio 99/2015 ter alterado/revogado o Convênio 57/1999, o Estado da Bahia continuou com a alíquota reduzida de 10%.

A título de exemplo diz que para o mês de 07/2011, o valor dos serviços tributáveis foi de R\$ 161.972,33 e, assim sendo, a alíquota de 10% seria equivalente a R\$ 16.197,23. Relata que levando-se em consideração o sistema de partilhas, foi recolhido aos cofres do Estado da Bahia, o valor de R\$ 8.098,62, não havendo diferenças a recolher.

Entende que valores relacionados a título de adesão, ativação e habilitação dos serviços, não são fatos geradores de ICMS. Traz a colação decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Aborda, ainda, o princípio da vedação ao confisco previsto no art. 150, inciso IV da C.F., considerando que a multa aplicada na autuação se mostra desproporcional, caracterizando-se sanção de natureza confiscatória. Transcreve decisão do STF, visando robustecer sua tese.

Ao final, pede que seja declarado insubsistente o Auto de Infração, bem como seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, cancelando-a.

O primeiro autuante presta informação fiscal, às fls. 63/64, reconhecendo que o autuado tem razão nos seus argumentos, visto estar amparado pelos diversos Convênios CONFAZ e artigo do RICMS que estabelecem uma Redução de Base de Cálculo num percentual no mínimo de 10% para a Bahia e que o imposto corresponde a 50% do preço cobrado do assinante.

Transcreve o art. 68-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, bem como a Cláusula primeira do Convênio 78/15, como exemplo da legislação acima mencionada.

Entretanto diz que apesar do autuado ter recolhido corretamente nos exercícios de 2011 a 2015, no período de janeiro a junho de 2016, segundo novas planilhas que elaborou (fls. 65/66), constatou que ainda resta uma diferença a recolher de R\$ 23.337,38.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuado apresenta manifestação às fls. 72/73, aduzindo que o mesmo raciocínio aplicado aos exercícios anteriores deve também ser aplicado aos meses de 2016, por não haver razão pela manutenção da autuação em relação a tal período.

Face ao exposto, pugna pela improcedência integral do Auto de Infração.

O primeiro autuante presta nova informação fiscal, às fls. 81/82, dizendo que assiste razão em parte ao autuado, mas que o Decreto nº 16.738, de 20/05/16, alterou o percentual de 10% para 15% com vigência a partir de 1º de junho de 2016, mantendo os demais direitos e obrigações, e transcreve o art. 267, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

...

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 15% (quinze por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):

Nota: A redação atual do inciso II do caput do art. 267 foi dada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, mantida a redação de suas alíneas, efeitos a partir de 01/06/16.

Redação originária, efeitos até 31/05/16: “II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):”

Dessa forma, o autuante reconhece a improcedência da cobrança também para o período de janeiro a maio de 2016, mantendo apenas o remanescente de R\$ 3.825,08, no mês de junho/16, conforme planilha abaixo e anexa à fl. 82, dizendo que em virtude da nova redação do RICMS, estabelecer que a partir de 01/06/2016 o percentual seria de 15%, a exigência para o mês mencionado é devida.

| mês | Base de Cálculo | % de Redução | Débito do Imposto | imposto Devido 50%) | Imposto recolhido | Diferença a Recolher |
|-------|-----------------|--------------|-------------------|---------------------|-------------------|----------------------|
| junho | 166.399,28 | 15,00% | 24.959,89 | 12.479,95 | 8.654,87 | 3.825,08 |

O autuado apresenta nova manifestação às fls. 88/91, inicialmente fazendo um histórico da autuação e manifestações anteriores.

Em seguida, expõe que Convênio ICMS 57/99 mencionado na parte final do inciso II, do art. 267, acima transcrito, não mais se encontra vigente, pois foi revogado expressamente pelo Convênio ICMS 99/15.

Enfatiza que o Convênio ICMS 99/15, além de revogar o antigo Convênio ICMS 57/99, em sua cláusula primeira, assim dispõe:

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de, no mínimo:

I - 10% (dez por cento), para os Estados da Bahia, Ceará, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, São Paulo e Sergipe;

II - 12% (doze por cento), para o Estado de Minas Gerais;

III - 12,5% (doze inteiros e cinco décimos de por cento), para o Estado de Santa Catarina;

IV - 15% (quinze por cento), para os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Tocantins e para o Distrito Federal.

Deste modo, entende que mesmo para o mês de junho de 2016, a carga tributária incidente continuaria sendo de 10% e não de 15% conforme considerado pelo autuante.

Ao final, pugna pela rejeição em relação à manutenção da autuação com referência ao mês de junho de 2016, requerendo, assim, a improcedência total do Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal, às fls. 105/106, esclarecendo que os créditos reclamados de 2011 a maio de 2016 foram cancelados, visto que a legislação estabelecia que até 31 de maio de 2016 o percentual aplicado sobre o valor cobrado do assinante era de até 10%.

Ressalta que a cobrança do mês 06/2016 será mantida, uma vez que a nova redação do RICMS/12 (art. 267) estabelece que a partir de 01/06/2016 o percentual aplicado será de 15%, e não mais 10%, mantida a mesma divisão para o estado prestador e tomador do serviço.

Ao final, ratifica a solicitação para que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em parte, para exigir o valor de R\$ 3.825,08, no mês de junho/16.

VOTO

O Auto de Infração em exame exige ICMS do autuado, sob acusação de recolhimento a menor do imposto, relativo à prestação de serviços de comunicação (TV por assinatura), em virtude de erro na redução da base de cálculo do imposto.

Verifico que foram observados os requisitos com compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos.

Em relação ao questionamento da multa aplicada, não há do que se falar em abuso ou confisco, tendo em vista que a mesma está prevista em ordenamento legal, em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Além do mais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA.

No mérito, o autuado alegou que as regras que disciplinam a distribuição do ICMS entre os Estados da Federação, para a situação em tela, demonstram claramente que deve ser efetuada a divisão entre os Estados, na proporção de 50% para o estado gerador do sinal e 50% para o Estado onde se localiza o assinante, e que o autuante não atendeu a previsão do art. 13, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Reclamou, ainda, o autuado que o autuante não atendeu a redução da carga tributária para 10% permitida no art. 267, II do RICMS/BA e também previstas nos Convênios 57/1999 e posteriormente no Convênio 99/2015.

O autuante, diante dos argumentos defensivos e, percebendo que no seu levantamento inicial (fls. 26 a 32), não havia efetuado a divisão do imposto entre os Estados na proporção de 50%, na sua primeira informação reconheceu não haver mais diferença de imposto a ser exigida para o período autuado até dezembro/2015. Manteve apenas os valores exigidos para o período de janeiro a junho de 2016, aplicando a redução acima mencionada, porém considerando que a redução da carga tributária para esses meses seria de 15%. Com isso o valor da autuação seria reduzido para R\$23.337,38, conforme planilha às fls. 65/66.

Contudo, o autuante em sua segunda informação, percebeu que a alteração da carga tributária de 10% para 15% somente ocorreu a partir de 01/06/2016, através do Decreto nº 16.738, de 20/05/16, e manteve apenas a exigência relativa ao mês de junho/16, no valor de R\$3.825,08, conforme demonstrativo à fl. 83.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico a correção do procedimento do autuante, após a última retificação efetuada, pois se tratando de prestação onerosa de serviço de

comunicação (serviços não medidos), que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador, conforme estabelece o art. 13, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado o Decreto nº 16.738, de 20/05/16, efetivamente alterou o percentual de redução da carga tributária de 10% para 15% com vigência somente a partir de 1º de junho de 2016, mantendo os demais direitos e obrigações, dando nova redação ao art. 267, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, cujo texto atual transcrevo abaixo:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

...

II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 15% (quinze por cento), nos termos estabelecidos no Conv. ICMS 78/15;

Nota: A redação atual do inciso II do caput do art. 267 foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18.

Redação anterior dada ao inciso II do caput do art. 267 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, mantida a redação de suas alíneas, efeitos de 01/06/16 a 31/05/18:

“II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 15% (quinze por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99)(grifo nosso).

Redação originária, efeitos até 31/05/16:

“II - das prestações de serviço de televisão por assinatura, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 10% (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 57/99):”

Portanto, após ser corretamente aplicada pelo autuante a repartição do imposto na proporção de 50%, além da redução da base de cálculo para que a carga tributária resultasse no percentual de 10% ou 15%, a depender do período, a única divergência remanescente ficou sendo a relativa à exigência para o mês de junho/16.

O atuado entende que pelo fato do Convênio ICMS 99/15, que revogou o Convênio ICMS 57/99, estabelecer em sua Cláusula primeira, I, que o percentual para incidência do imposto para a Bahia é de 10%, o atuante não deveria ter adotado o percentual de 15%, previsto no dispositivo do RICMS mais acima transcrito.

Todavia, não assiste razão ao atuado, nesta argumentação, tendo em vista que o Convênio ICMS 99/15 é apenas “autorizativo” e a redação atual do inciso II do caput do art. 267 do RICMS/BA, que estabelece o percentual de 15%, foi dada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, mantida a redação de suas alíneas, com efeitos a partir de 01/06/16.

Pelo que dispõe o art. 167, III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| Data Ocorr | Data Vencdo | Base de Cálculo (R\$) | Aliq % | Multa % | Valor Histórico (R\$) |
|------------|-------------|-----------------------|--------|---------|-----------------------|
| 30/06/2016 | 09/07/2016 | 14.166,96 | 27,00 | 60,00 | 3.825,08 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n. 232948.3000/16-5, lavrado contra **RÁDIO E TELEVISÃO MODELO PAULISTA LTDA**, devendo ser intimado o atuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.825,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA