

PROCESSO - A. I. Nº 232948.3000/16-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RÁDIO E TELEVISÃO MODELO PAULISTA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0126-03/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/04/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0058-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2016, para exigir o ICMS de R\$503.230,01, mais multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menor do ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, 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.

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.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 25/07/2018 e decidiu pela Procedência Parcial, em Decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos:

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 autuado 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 autuado, 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 Vento	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

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.

A 3ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menor do ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, 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.

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*”.

Observo que a decisão da 3ª JJF (Acórdão JJF Nº JJF 0126-03/18) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$502.230,01 para R\$3.825,08, acrescido de multa de 60%, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Não merece reparo a Decisão de piso, senão vejamos:

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 ICMS 57/1999 e posteriormente no Convênio ICMS 99/2015.

O autuante, acolhendo os argumentos defensivos, constatou que no seu levantamento inicial (fls. 26 a 32), não havia efetuado a divisão do imposto entre os Estados na proporção de 50%, reconhecendo não haver mais diferença de imposto a ser exigida para o período autuado até dezembro/2015 e, também, constatou 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.

Assim, o autuante, em sua segunda informação fiscal, manteve a exigência relativa, apenas, ao mês de junho/16, no valor de R\$3.825,08, conforme demonstrativo à fl. 83.

Correto o entendimento manifestado em sua segunda informação fiscal, concluindo que, 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.

O Decreto nº 16.738, de 20/05/16, 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:

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):”

O autuante aplicou corretamente 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%, conforme legislação aplicável à época dos fatos geradores, remanescendo, apenas, a exigência para o mês de junho/16.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a decisão da 3ª JJF que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.3000/16-5**, lavrado contra **RÁDIO E TELEVISÃO MODELO PAULISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.825,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS