

**PROCESSO** - A. I. Nº 298636.0006/18-9  
**RECORRENTE** - SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão CJF nº 0123-11/21-VD  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS – DAT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 17/03/22

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0054-11/22-VD

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOR. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. É inegável que constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou o mérito a da Primeira Instância. Tal condição não ocorreu no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 1ª CJF (Acórdão CJF nº 0123-11/21) deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF nº 0047-02/21, que julgou Procedente em primeira instância, o Auto de Infração em lide

O Auto de Infração lavrado em 18/09/2018, sendo lançado ICMS no valor histórico de R\$1.796.881,63, a seguinte irregularidade:

**Infração 01 - (03.09.01)** - Recolhimento a menos de ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação. Valor: R\$1.796.881,63. Período: Janeiro a Dezembro de 2016. Enquadramento legal: Artigo 1º, III e artigo 2º, VII c/c artigos 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa: 60%, artigo 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Após o julgamento de segunda instância, o Auto de Infração foi reduzido para o valor de R\$1.729.726,72, conforme voto abaixo transcrito.

### VOTO

O presente Recurso Voluntário, decorre da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0047-02/21, que por unanimidade, julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 18/09/2018, interposto pelo Contribuinte, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$1.796.881,63, pelo recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.

A infração foi lavrada em decorrência do contribuinte ter calculado o ICMS sobre serviços de televisão por assinatura, com base na alíquota de 25%, sendo que a alíquota no Estado da Bahia para serviços de telecomunicações é de 28%, conforme estabelece a Lei nº 7.014/96, no seu art. 16, inciso V combinado com o Art. 16-A, conforme descrito na autuação.

Quanto à inicial de Nulidade solicitada nas preliminares, verifiquei que o Auto de Infração anterior foi definitivamente julgado nulo por ilegitimidade passiva, sem apreciação de mérito, uma vez que fora lavrado contra empresa incorporada pela empresa figurante do polo passivo do presente PAF, substituta da empresa incorporada em todas as responsabilidades tributárias (Acórdãos JJF Nº 0119-03/18 e CJF Nº 0023-11/19).

Quanto ao mérito, verifico que a principal discordância se refere ao cálculo do imposto devido, relativo à forma de cálculo do imposto, em razão da aplicação do benefício da redução de sua base de cálculo, prevista no Convênio ICMS nº 78/15, e no Art. 267, II do RICMS/12, transcrito a seguir: “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; ...”

No caso das prestações de serviço de televisão por assinatura, a construção da norma estabelece o percentual de carga tributária, e não percentual de redução de base de cálculo previamente definido, assim dispõe a cláusula 1ª do Convênio ICMS 52/2005:

*Convênio ICMS 52/2005: Cláusula primeira: Na prestação de serviços não medidos de televisão por assinatura, via satélite, cujo preço do serviço seja cobrado por períodos definidos, efetuada a tomador localizado em unidade federada distinta daquela em que estiver localizado o prestador, a base de cálculo do ICMS devido a cada unidade federada corresponde a 50% (cinquenta por cento) do preço cobrado do assinante. (grifos nossos)*

*§ 1º Serviço de televisão por assinatura via satélite é aquele em que os sinais televisivos são distribuídos ao assinante sem passarem por equipamento terrestre de recepção e distribuição.*

*§ 2º O disposto no caput não prejudica a outorga de benefício fiscal concedido para a prestação do serviço objeto deste convênio em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos. Assim, independente da alíquota a ser aplicada, a carga tributária deve ser de 10%/15%, sobre a base de cálculo ali prevista. Sendo esse o caso em tela, cabe a seguinte fórmula de cálculo, com a “substituição” da alíquota pelo percentual de carga tributária, ou seja, o imposto a ser recolhido deve ser calculado da seguinte forma, inclusive já acatado por este Conselho através dos Acórdãos JJF nº 0076-03/18 e CJF nº 0005-11/19 e CJF nº 0252-12/19:  $ICMS = Valor da NF / (1 - \% Carga Tributária) \times \% Carga Tributária$ .*

*Nesse sentido, já acompanhando decisões anteriores, é possível verificar equívocos tanto na metodologia empregada pelo Recorrente, quanto na metodologia empregada pela fiscalização. É dizer, o cálculo do ICMS-Comunicação, na espécie, deve partir do valor descrito na Nota Fiscal como devido pelos clientes da Recorrente, com a exclusão do ICMS nominalmente devido ao Estado de São Paulo, e a aplicação do fator que recomponha a base de cálculo, a fim de apurar o ICMS devido ao Estado da Bahia:*

*BC ICMS SP X 25% RECEITA S/ ICMS CARGA TRIB BA BASE DE CÁLCULO BAHIA ICMS BA ICMS RECOLHIDO BAHIA VALOR DEVIDO A B = A X ALIQ SP C = B - A % D = C / 1 - % ICMS E = D X % ICMS X 50% F G = E - F*

*Recomposta a base de cálculo, deve-se aplicar a alíquota efetiva de 10%/15%, que é o percentual de carga tributária, por meio do qual se atinge o ICMS-Comunicação devido à Bahia, entendimento este já acatado pelo CONSEF através dos Acórdãos CJF nº 0252-12/19 e CFJ nº 0048 e não com a utilização da carga nominal.*

*Vale ressaltar aqui, que não houve alargamento da base de cálculo, mas tão somente a inclusão da alíquota efetiva cobrada pelo Estado da Bahia, e que não está sendo objeto a não cobrança do FECOP, mas sim a forma como fora calculado o ICMS mensalmente pela recorrente e pelo autuante.*

*Ademais, vale ressaltar que os valores do ICMS devido não se alteram, caso seja dividida a base de cálculo pela metade ou o imposto calculado, conforme demonstrado a seguir: BC ICMS SP X 25% RECEITA S/ ICMS CARGA TRIB BA BASE DE CÁLCULO BAHIA ICMS BA ICMS RECOLHIDO BAHIA VALOR DEVIDO A B = A X ALIQ SP C = B - A % D = (C \* 50%) / % ICMS BA E = D X % ICMS F G = E - F*

*Inclusive, a Súmula CONSEF nº 06, diz que nos casos de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo, corresponderá à aplicação da referida carga tributária.*

*Já nos casos de redução de base de cálculo, sem carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da alíquota prevista para a operação. Com isso, o valor histórico do tributo lançado no Auto de Infração, por constatação de recolhimento a menos, reduziu de R\$1.796.881,63, para R\$1.729.726,72. Nos meses de janeiro a maio não está sendo exigido nada a maior, inclusive quanto ao valor de R\$1.970,10, poderá ser objeto de restituição nos termos do Art. 73 do RPAF, conforme tabela abaixo: BC ICMS SP X 25% RECEITA S/ ICMS CARGA TRIB BA BASE DE CÁLCULO BAHIA ICMS BA ICMS RECOLHIDO BAHIA VALOR DEVIDO A B = A X ALIQ SP C = B - A % D = C / 1 - % ICMS E = D X % ICMS X 50% F G = E - F*

*Em relação à multa, lançada no percentual de 60% do imposto, verifico que a sanção está expressamente prevista na Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inciso II, alínea “a”. No que se refere ao pedido do Recorrente para exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa lançada de ofício, saliento que não deve prosperar o pleito, haja vista que os encargos financeiros aplicáveis ao crédito tributário inadimplido, estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB.*

*Por todo o exposto, concluo pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a decisão de primeiro grau, e, considerando os cálculos acima refeitos, considerar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração*

Inconformado com a decisão, o contribuinte ingressou com o presente Pedido de Reconsideração, fls. 450/52. Que em síntese, os julgadores acolheram o argumento da requerente de que a cobrança do adicional destinado ao Fundo de Combate à pobreza deve ser calculada limitando-se ao

percentual da carga tributária prevista na legislação baiana. No entanto, pelo entendimento firmado, não estava correto nem o entendimento dos auditores fiscais, e também os cálculos apresentados pela requerente.

Que no entanto, se repetiu o equívoco cometido pela fiscalização, tendo em vista que mantiveram a consideração de uma base de cálculo majorada, sobretudo nos meses de junho a dezembro de 2016 sem qualquer justificativa. Pede a reconsideração dos cálculos apresentados pelas autoridades fiscais a fim de que seja reconhecida a regularidade dos pagamentos realizados pela Requerente com a consequente extinção integral do débito.

## VOTO

O Recorrente ingressou com Pedido de Reconsideração, previsto art. 169 do RPAF, que diz em seu *caput*, que “caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal”:

*I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:*

*d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;*

Assim, conforme decisão em segunda instância deste Conselho, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, e dado que sequer houve Recurso de Ofício, pois o auto foi julgado procedente em primeira instância, fica evidenciado que o Pedido de Reconsideração não está de acordo com a previsão normativa, que se restringe aos casos em que o Recurso de Ofício tenha reformado no mérito, decisão de primeira instância.

Isto ocorre porque em Recurso de Ofício, o contribuinte em regra, deixa de se manifestar, e tendo havido uma reforma em seu desfavor, faz-se prudente, em obediência ao princípio da ampla defesa, que este seja ouvido no que diz respeito à reforma da decisão em seu desfavor.

No caso em apreço, repito, sequer houve Recurso de Ofício, mas o Recurso Voluntário, onde o Recorrente teve todas as suas alegações apreciadas e foi dado provimento parcial ao Recurso, em decisão unânime.

É inegável que constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal.

Tal condição não ocorreu no caso concreto. O recorrente apenas pede por nova apreciação da decisão de Segunda Instância, sem qualquer previsão do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Assim posto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado, e, portanto, fica prejudicada a apreciação de mérito.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.0006/18-9** lavrado contra **SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.729.726,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS