

PROCESSO - A. I. Nº 298620.0013/18-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CABLE BAHIA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0187-01/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.09.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF Nº 0214-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. SUSPENSÃO DO GOZO. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Verificado nos autos que o Autuante imputa ao Autuado o cometimento de infração que diverge dos demonstrativos que embasaram a autuação. Erro de fulcro em relação ao real objeto da acusação fiscal. Tal vício implica em decisão de ofício pela nulidade com espeque nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0187-01/23-VD, que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2018, para reclamar crédito tributário, no valor histórico de R\$ 658.080,58, acrescido de multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 03.09.21 – “Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2017. **Enquadramento legal:** art. 1º, III e art. 2º, VII C/C artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. **Multa Aplicada:** art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Segundo o Autuante, a Autuada “usou redução de base de cálculo quando não tinha os requisitos (está inscrito na dívida ativa). Art. 267, V, b), do RICMS 13.780 de março de 2012”;

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 14/11/2023 (fls. 78 a 82) e decidiu, por unanimidade, pela Nulidade do presente lançamento, com amparo nos seguintes fundamentos:

“VOTO

O Auto de Infração em lide acusa o recolhimento a menor do ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, em função do uso indevido da redução de base de cálculo, citando como razão a existência de débito inscrito na dívida ativa, e tomando como lastro o art. 267, V, b, do RICMS/2012.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja

decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Em que pese as duas diligências realizadas a pedido da 6ª JF, tem-se que na peça inicial acusatória à fl. 01 que o autuante imputa ao autuado o cometimento de infração que diverge dos demonstrativos que embasaram a autuação, anexados às fls. 04 a 15, e de forma completa na mídia à fl. 17.

Os referidos demonstrativos que deram sustentação ao lançamento, evidenciam que os serviços arrolados são de tv por assinatura e acesso à internet e não de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura. Portanto o autuado não poderia se utilizar do benefício do art. 267, V, “b” do RICMS/BA, apontado no Auto de Infração:

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

(...)

V - das prestações de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10 % (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 09/08):

(...)

b) a falta de recolhimento do imposto implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização;

(...)

O benefício de RBC – Redução da base de cálculo (carga tributária de 15%) para tv por assinatura está consubstanciado no 267, II, “a” e “b”;

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):

a) o contribuinte ficará obrigado ao cumprimento regular da obrigação tributária principal;

b) o descumprimento da condição prevista na alínea “a” implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização; (Efeitos até 31/05/18):

Já para os serviços de acesso à internet – o benefício de RBC (carga tributária de 5%) foi revogado (efeitos até 31/12/14):

IV - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação (Conv. ICMS 78/01).

Destarte, a infração imputada ao autuado no lançamento fiscal, não tem aderência com os serviços que foram objeto da autuação.

O próprio autuante em sua informação fiscal confirmou que na “DESCRIÇÃO SERVIÇO”, o termo “MENSALIDADE”, utilizado pelo autuado, refere-se à Mensalidade padrão pelos canais de TV por assinatura, divergindo, portanto, da infração imputada no A.I.

Ante o exposto, resta evidente a existência de vício insanável no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal, e o cálculo do imposto devido com a realidade fática da situação.

Considero, dessa forma, que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade o Auto de Infração, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF/BA/99, a seguir transcritos, onde deveria o autuante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, correlacionando-os, de forma inquestionável, com o fato em concreto, possibilitando-se, assim, que o autuado exercesse plenamente o direito de defesa, sem ferir o princípio da legalidade e do devido processo legal:

Art. 18 São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;
(...)*

Diante de tais constatações, conforme dispositivo legal acima transcrito, considero que o lançamento é NULO, podendo ser refeito para cobrança do imposto porventura devido.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a 1ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO

Observa-se que a decisão da 1ª JF (Acórdão Nº 0187-01/23-VD), às fls. 78 a 82, desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário lançado de R\$ 658.080,58, em valores históricos, acrescido de multa de 60%, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Conforme evidenciado no relatório, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista o quanto disposto no artigo 142 do CTN, bem como nos artigos 2º e 20 do RPAF/BA, decidiu, por unanimidade, com amparo no artigo 18, incisos, II e IV, “a” do RPAF/BA, pela Nulidade do Auto de Infração, em virtude do vício insanável que o macula, consistente na dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal e a realidade fática envolvida, o que impede o exercício pleno do direito de defesa pelo contribuinte, viola os princípios da legalidade e do devido processo legal.

O Auto de Infração imputa ao contribuinte a infração de recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação. Segundo o Autuante, a Autuada “*usou redução de base de cálculo quando não tinha os requisitos (está inscrito na dívida ativa). Art. 267, V, b), do RICMS 13.780 de março de 2012*”, dispositivo esse que prevê o seguinte:

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

(...)

V - das prestações de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10 % (dez por cento), sendo que (Conv. ICMS 09/08):

(...)

b) a falta de recolhimento do imposto implicará na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento, ficando a reabilitação à fruição do benefício condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização;

Como se vê, o Autuante concluiu que a Autuada fez uso indevido do benefício de redução de base de cálculo, previsto na legislação, para as operações de prestação de serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade na televisão por assinatura. Como identificou que houve falha de recolhimento do imposto, tendo em vista a inscrição em Dívida Ativa, o Autuante concluiu que a Autuada perdeu o benefício a partir do mês subsequente em que se verificou o inadimplemento, nos termos do dispositivo acima transcrito.

Com o objetivo de apurar o montante do ICMS recolhido a menor, o Autuante elaborou um relatório, parte do qual foi juntado aos autos, às fls. 4 a 15, e a integralidade foi acostada na mídia de fl. 17.

No referido demonstrativo, as operações, objeto da apuração, são identificadas através da indicação de diversos dados, entre os quais destaco a descrição dos serviços. Para a descrição de cada um dos serviços, o Autuante se utiliza das expressões “*proporcional mensalidade*”, “*mensalidade de acesso à internet*”, “*cancel. mensalid. acesso à internet*”, “*canal a la carte*”, “*queda sinal*” e, no que diz respeito a diversas operações, descreve os serviços meramente como “*mensalidade*”.

Dentro desse cenário, a JF, às fls. 62 a 64, converteu o feito em diligência para que, entre outras

determinações, o Autuante adotasse as seguintes providências:

1) Verificar a existência de créditos fiscais mediante a observação das notas fiscais de entrada e considerar tais valores no demonstrativo de cálculo, em coluna específica, visando apurar o ICMS a recolher.

*2) Complementar as informações contidas na coluna “**DESCRIÇÃO SERVIÇO**” do mesmo Demonstrativo (fls. 04 a 15) de modo a esclarecer de forma inequívoca a que serviço de comunicação as rubricas que se reportam ao termo “**MENSALIDADE**” se referem.*

Em resposta às solicitações, o Autuante apresentou os seguintes esclarecimentos:

“1º Quesito

Na EFD da autuada, meses 01 a 12 de 2017, não consta lançamento de créditos, conforme captura a tela do sistema SIAF, pag. 67 e 68.

2º Quesito

*Na “**DESCRIÇÃO SERVIÇO**”, O termo “**MENSALIDADE**”, utilizado pela autuada no Convênio 115/03, refere-se a Mensalidade padrão pelos canais de TV por assinatura, que reconhecidamente tem incidência de ICMS, cujo imposto foi destacado no Convênio 115/03. Ver portfólio da empresa na pag. 69.”*

Diante disso, entendo que agiu corretamente a 1ª JJF, quando, em decisão unânime, concluiu pela existência de vício intransponível no que diz respeito a legalidade do lançamento, na medida em que os demonstrativos que amparam e complementam a fundamentação do Auto de Infração *“evidenciam que os serviços arrolados são de TV por assinatura e acesso à internet e não de veiculação de mensagem de publicidade e propaganda na televisão por assinatura”*, sendo, portanto, inaplicável, ao presente caso, o quanto disposto no artigo 267, V, “b” do RICMS/BA.

Apesar de o vício, reconhecido pela JJF, não ter sido suscitado pelo contribuinte em sua defesa (fls. 23 a 26), na qual apenas sustenta, em síntese, a ilegitimidade da autuação em virtude de inexistir processo administrativo prévio impondo a perda de benefício de redução da base de cálculo, conforme mesmo disposto na Decisão recorrida, nos termos do artigo 20 do RPAF/BA, a nulidade deve ser decretada não somente mediante provocação do interessado, mas também de ofício pela autoridade competente para a apreciação do ato.

Nos termos do artigo 142 do CTN, *“compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”*. De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, *“a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”*.

Logo, além dos elementos formais, tais como a competência, finalidade, forma, é preciso, na linha do quanto disposto no artigo 142 do CTN, que o lançamento obedeça a requisitos materiais, consistentes na descrição, de forma clara e precisa, dos fatos e motivos que deram ensejo ao Auto de Infração, possibilitando a verificação da ocorrência do fato gerador, da matéria tributável, a identificação do sujeito passivo, bem como o cálculo do montante do tributo devido, entre outros elementos.

Importante ressaltar que, no curso do processo, restou evidenciado que, na época da constituição do crédito tributário, o Autuante tinha conhecimento das operações de prestação de serviços que eram realizadas pela Autuada. Tanto que, ao cumprir a diligência requerida às fls. 62 e 63, apresentou um portfólio, com a indicação dos serviços prestados pela empresa, à fl. 69, dentre os quais sequer há a previsão do serviço de comunicação por meio de veiculação de mensagem de publicidade na televisão por assinatura.

Resta evidente, portanto, que o Autuante valorou juridicamente de forma equivocada as operações, que já eram por ele conhecidas, subsumindo os fatos à norma inaplicável ao presente caso.

Ressalto que, referendando o quanto disposto no Auto de Infração, na informação fiscal prestada (fls. 43 e 44), o Autuante reitera que o contribuinte foi autuado *“por não atender ao que determina*

o artigo 267, inciso V, alínea b, do RICMS/BA”.

Além disso, o próprio demonstrativo, que é parte integrante do Auto de Infração e complementa a sua fundamentação, possui como título “RELATÓRIO DE ICMS RECOLHIDO A MENOR (10%) - 2017”, justamente o percentual da carga tributária, a que corresponde a redução da base de cálculo, prevista no artigo 267, inciso V do RICMS/BA.

Desse modo, não há nem mesmo como se defender que, através dos elementos que integram o Auto de Infração é possível extrair a clareza de seu fundamento e a correspondência às operações realizadas, pois, consoante mesmo reconhecido pela Decisão recorrida, o benefício de redução de base de cálculo para a prestação de serviço de televisão por assinatura resulta em uma carga tributária de 15% (artigo 267, II do RICMS/BA) e para o serviço de acesso à internet, até 31/12/2014 (em período anterior aos fatos geradores em tela), resultava em uma carga tributária equivalente ao percentual de 05% (artigo 267, IV do RICMS/BA). Todavia, no demonstrativo de cálculo, o Autuante expressa que o percentual de carga tributária, que entende ter sido recolhida a menor, foi o de 10%.

Ademais, esse mesmo relatório faz menção a serviços de televisão por assinatura e acesso à internet, serviços que não atraem a aplicação do artigo 267, V, “b” do RICMS/BA.

Desse modo, resta claro que, de fato, a acusação feita à Autuada não guarda relação com os serviços objeto da autuação, que não foi devidamente fundamentada, vício insanável que impede o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte, que, para se defender amplamente, precisa ter conhecimento e clareza em relação aos fatos que lhe são imputados, o que não se verificou no caso em exame. Ainda que se entendesse pela possibilidade de correção do vício apontado, essa correção certamente implicaria na mudança do fulcro da autuação, o que também entendendo não ser admissível por violar o devido processo legal.

Diante disso, por todo o exposto, concordo com a Decisão recorrida quando consigna que o vício em tela trata-se de vício insanável, que torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade o Auto de Infração, tendo em vista o quanto disposto no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/BA-99, segundo o qual são nulos o ato praticado com preterição ao direito de defesa, bem como o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida, que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 298620.0013/18-7, lavrado contra **CABLE BAHIA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS