

A. I. N° - 279692.0023/24-0
AUTUADO - CLARO S/A
AUTUANTE - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.06.2025

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0091-05/25-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Considerando que existe lei válida e vigente, bem como que há a expressa determinação de produção de efeitos a partir de janeiro/23, pelo Decreto 21.796/22, afigura-se legítima a exigência do imposto à alíquota de 28%, nos meses de janeiro a março/23. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2024 (ciência em 23/09/2024, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 20.318.651,83, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: 003.009.001 – Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação. Multa: 60%. Consta, ainda, que “*O contribuinte recolheu a menor o ICMS sobre a prestação de serviços de telecomunicação nos meses de janeiro a março de 2023, devido a não observância da alteração na legislação tributária, quando realizou os cálculos do ICMS a recolher. A legislação tributária disposta, à época dos fatos, era determinada pelo inciso V do Art. 16 da Lei 7.014/96, cujo percentual da alíquota era de 26% acrescida do percentual de 2% relativo ao fundo de pobreza, totalizando assim a alíquota de 28% nas prestações de serviços de telecomunicações, a saber:*

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

V - 26 % (vinte e seis por cento) nos serviços de telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura.

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

O Sujeito Passivo apresenta impugnação, às folhas 18/28, aduzindo o que segue.

Assevera que a presente cobrança existe por uma única razão: “*o fisco baiano desrespeita a regra da anterioridade nonagesimal*”.

Apresenta um breve resumo da infração para, a seguir, afirmar que o suposto equívoco cometido pela empresa teria sido o recolhimento do ICMS-comunicação, para os períodos de 01/2023 a 03/2023, com base na alíquota de 18% (sem o adicional de 2%, destinado ao FUNCEP), com base no Decreto nº 21.493/22 (doc. nº 03 – exemplos de notas fiscais emitidas no período). Explica que, no entendimento do Fisco baiano, no período autuado, a alíquota do imposto para as operações de telecomunicações seria de 26%, acrescida do adicional de 2%, destinado ao FUNCEP, totalizando, assim, 28%, conforme previsto pelo Decreto nº 21.796/22, publicado em 24/12/2022. Portanto, resume que o ICMS exigido pelo Fisco Estadual é exatamente a diferença entre o valor supostamente devido (se aplicada a carga de 28%) e o valor recolhido pela empresa (à alíquota de 18%).

Reitera que há flagrante violação à regra da anterioridade nonagesimal, prevista no art. 150, III, “c”, da Constituição Federal, pois o restabelecimento da alíquota de ICMS, ao patamar de 28% pelo Decreto nº 21.796/22, publicado em 24.12.2022, consiste nitidamente em aumento da carga tributária, de modo que só poderia passar a produzir efeitos 90 (noventa) dias após sua publicação. Logo, conclui que, no período autuado, deveria ser aplicada a alíquota de 18%, até então prevista no Decreto nº 21.493/22.

Esclarece que não pretende que seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 21.796/22, o que, nos termos do art. 167, I, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), foge da competência deste órgão julgador. Destaca que o que pleiteia é apenas que se reconheça que, no período autuado, ainda estava produzindo efeitos o Decreto nº 21.493/22 – que determinava a aplicação da alíquota de 18% e a inaplicabilidade do acréscimo de 2% a título de FUNCEP. Portanto, explica que o que cabe a este órgão julgador decidir é se as prestações autuadas devem ser tributadas conforme o Decreto nº 21.493/22 ou conforme o Decreto nº 21.796/22.

Alega inaplicabilidade da alíquota de 28%, prevista pelo Decreto nº 21.796/22, no período de 01/2023 a 03/2023, por violação à anterioridade nonagesimal. Traça um breve histórico legislativo, explicando que, por ocasião do julgamento do RE nº 714.139 (Tema nº 745), em 12/2021, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que, em razão do princípio da seletividade, contido no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, a cobrança de ICMS sobre serviços de telecomunicação não pode se dar com base em alíquotas majoradas, devendo-se impor, como limite, a alíquota geral prevista na legislação estadual.

Em atenção à decisão da Suprema Corte, informa que o Congresso Nacional editou a Lei Complementar nº 194/22, publicada em 23.06.2022, que alterou o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), de modo a prever, expressamente, a vedação à fixação de alíquotas sobre operações de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral. Nesse contexto, explica que o Estado da Bahia editou o Decreto nº 21.493/22, publicado em 04.07.2022, o qual determinou, em relação ao ICMS incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicação, (i) a aplicação da alíquota de 18% prevista no art. 15, I, da Lei nº 7.014/96; e (ii) a inaplicabilidade do adicional de 2% a título de FUNCEP. Transcreve a redação do art. 1º, citado, conforme abaixo:

*“Art. 1º. **Nos termos da Lei Complementar Federal nº 194, de 23 de junho de 2022, que estabelece patamar na aplicação da alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre as operações com combustíveis e energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicações, em caráter excepcional e extraordinário, o ICMS sobre as operações e prestações internas a seguir indicadas ficam tributadas pela alíquota prevista no inciso I do art. 15 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 2016, caso não sobrevenha eventual modificação em decisão pelo Supremo Tribunal Federal:***

I - operações com energia elétrica e combustíveis;

*II - **prestações de serviços de comunicação.***

*Parágrafo único. **Não se aplica o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no caput deste artigo (grifos acrescidos).**”*

Prossegue, explicando que, após passados mais de 5 meses, em 24.12.2022, foi publicado o Decreto nº 21.796/22, mediante o qual foi determinada a imediata restauração, para o exercício de 2023, (i) da alíquota de 26% prevista no art. 16, V, da Lei nº 7.014/96; e (ii) do adicional de 2% destinado ao FUNCEP sobre as prestações de serviço de telecomunicações, conforme redação que também transcreve, conforme abaixo:

“Art. 1º Ficam restaurados, até 31.12.2023, nos termos de decisões prolatadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, os efeitos da alínea “i” do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, relativos às alíquotas incidentes nas operações com energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicação, ressalvadas as operações e prestações destinadas a contribuintes autores de ações pertinentes a essa controvérsia ajuizadas até 05.02.2021.

Parágrafo único. Fica restaurado o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas na alínea "i" do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996".

Transcreve tabela para ilustrar as alterações legislativas historiadas, conforme abaixo.

	Decreto nº 21.493/22	Decreto nº 21.796/22
Publicação	04.07.2022	24.12.2022
Alíquota ICMS	18%	26%
Adicional FUNCEP	0%	2%
Carga total prevista	18%	28%

Assim, explica que a controvérsia dos autos reside na aplicação da anterioridade nonagesimal, resumindo a discussão ao seguinte questionamento: “*Poderia o fisco, no período de 01/2023 a 03/2023, exigir o recolhimento do ICMS sob a alíquota de 26% e o adicional ao FUNCEP (2%), restabelecidos pelo Decreto nº 21.796/22, publicado em 24.12.2022*”? Afirma que a resposta, por óbvio, é negativa, em observância à regra da anterioridade nonagesimal, pois, tendo o Decreto nº 21.796/22 sido publicado em 24.12.2022, este só poderia começar a produzir efeitos a partir de 24.03.2023, por força da anterioridade nonagesimal, prevista no art. 150, III, “c”, da Constituição Federal.

Ensina que a Constituição Federal estabeleceu duas normas de anterioridade, a saber: “(i) a anterioridade de exercício, consagrada no art. 150, III, “b”, que proíbe os entes federativos de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; e (ii) a anterioridade nonagesimal, de que dispõe o artigo 150, III, “c”, que proíbe também a cobrança tributária antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Transcreve os textos citados, destacando serem eles uma garantia que impede que o contribuinte seja surpreendido com uma nova exigência fiscal ou uma exigência fiscal mais gravosa de um dia para o outro.

Relembra que a intenção do legislador, ao incluir, mediante a Emenda Constitucional nº 42/03, o princípio da anterioridade nonagesimal na Constituição Federal, foi de impedir a prática dos entes federados (até então comum) de aumentar ou instituir novos tributos, nos últimos dias do ano com a finalidade de já os exigir no primeiro dia do exercício seguinte, sendo exatamente isso que pretende o Estado da Bahia no presente caso, pois publicou o Decreto nº 21.796/22, no Natal de 2022, para cobrar o imposto majorado em 1º de janeiro de 2023. Assevera que este comportamento merece rígida reprovação.

Nesse sentido, lembra que, embora as anterioridades (anual e nonagesimal) sejam tratadas comumente com o nome de “princípio”, a verdade é que a dinâmica de aplicação das referidas disposições é especialmente de regra constitucional de eficácia plena. Ensina que os princípios trazem mandamentos de otimização que podem ser atingidos de diferentes modos, por diversas condutas (pense-se, por exemplo, no princípio da segurança jurídica). Explica que as regras, por outro lado, preveem condutas específicas a serem tomadas e não abrem margem para que se aja de modo alternativo. Conclui, assim, que a anterioridade nonagesimal, portanto, é uma regra claríssima: “*havendo instituição ou majoração de tributo, este será cobrado apenas após 90 dias*”. Transcreve julgados do Supremo Tribunal Federal para apoiar a ideia de que a jurisprudência é firme no sentido de que mesmo a majoração indireta de tributo exige o respeito à anterioridade, ressaltando que, no presente caso, a majoração é direta: de 18% para 28%.

A título de comparação, informa que outros Estados também majoraram as alíquotas das operações de telecomunicações, mas, de forma a respeitar o princípio da anterioridade nonagesimal, não havendo motivo para excetuar o Estado da Bahia da regra constitucional.

Por fim, advoga que o racional é igualmente aplicável ao adicional de 2%, destinado ao FUNCEP, informando que o egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 5133/AM, definiu expressamente que o adicional nas alíquotas de ICMS destinado aos Fundos

Estaduais de Combate à Pobreza também se submete ao princípio da anterioridade nonagesimal. Transcreve ementa da decisão citada, para, a seguir, concluir que não restam dúvidas, portanto, de que o Auto de Infração combatido não merece prosperar, devendo ser integralmente cancelado.

Estabelece uma distinção em relação a recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, que analisou a aplicação da anterioridade no julgamento do RE nº 1.501.643/PR (Tema nº 1337), merecendo distinção do presente caso. Informa que, em 30.12.2022, o Governo Federal publicou o Decreto nº 11.322/22 e reduziu em 50% as alíquotas das contribuições de PIS e COFINS sobre receitas financeiras de pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa. Assim, a partir de 01.01.2023, o PIS/Pasep seria reduzido de 0,65% para 0,33%; já o COFINS teria a alíquota de 4% alterada para 2%. Explica, contudo, que o Decreto nº 11.322/22 não chegou a produzir nenhum efeito, porque, em 01.01.2023 (data em que o Decreto nº 11.322/22 entraria em vigor), o Poder Executivo expediu novo ato normativo (o Decreto nº 11.374/23) revogando as disposições do Decreto nº 11.322/22.

Explica que, ao analisar o RE nº 1.501.643/PR, o e. STF concluiu que, nessa hipótese, seria inaplicável o princípio da anterioridade em relação ao restabelecimento das alíquotas de PIS/Cofins. Transcreve ementa da decisão citada, para ressaltar que a Suprema Corte entendeu pela inaplicabilidade da noventena por dois motivos: *“em primeiro lugar, a nova alíquota jamais entrou em vigor uma vez que o Decreto nº 11.322/22 foi revogado pelo Decreto nº 11.374/23 no mesmo dia em que teria início a sua vigência; e, nesse contexto, não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da não surpresa”*.

Adverte que o presente caso é totalmente distinto, pois, em primeiro lugar, o Decreto nº 21.493/22, cuja vigência teve início em 04.07.2022, somente foi revogado pelo Decreto nº 21.796/22, em 24.12.2022. Logo, o que o Decreto nº 21.796/22 fez foi majorar as alíquotas de ICMS após 5 meses de vigência da alíquota de 18%. Em segundo lugar, explica que pouco importa que o Decreto nº 21.796/22 tenha retomado as alíquotas anteriores ao Decreto nº 21.493/22, já que a violação aos princípios da segurança jurídica e da não surpresa ocorre exatamente na cobrança de um dia para o outro de uma nova alíquota, de 28%, superior à anterior, de 18%.

Sendo assim, conclui que não existe razão para excepcionar a anterioridade nonagesimal, como ocorreu no RE nº 1.501.643/PR (Tema nº 1337), no presente caso, asseverando que a presente cobrança deve ser integralmente cancelada.

Diante do exposto, pede que a presente Impugnação seja acolhida para que seja integralmente cancelado o Auto de Infração combatido. Protesta por todas as provas em Direito admitidas, inclusive pela realização de sustentação oral.

Termos em que, pede deferimento.

Às folhas 66/72, o autuante presta informação fiscal, aduzindo o que segue.

Ensina que a anterioridade nonagesimal, também chamada de princípio da noventena, arguida pela autuada, é o princípio que estabelece prazo mínimo para um tributo começar a ser cobrado.

Argumenta que a autuada interpreta, de forma equivocada, que o restabelecimento de alíquotas praticado pelo Estado da Bahia, em consonância com a decisão do STF, tenha sido majoração de imposto, o que não é verdade, pois se trata de restabelecimento do “status quo”, conforme será demonstrado a seguir.

Explica que, por conta da contenda judicial, que se arrastava por anos nos tribunais de todo o Brasil, onde era reclamada a inconstitucionalidade de Leis estaduais que estabeleciam alíquotas superiores às modais para os serviços de Comunicação e energia elétrica, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgou inconstitucional a Lei do ICMS de Santa Catarina na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.117, conforme ementa que transcreve.

Informa que o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário 714.139, de Santa Catarina, julgou inconstitucional a Lei de ICMS daquele Estado, em 18/12/2021, no tocante à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) fixada para energia elétrica e comunicação, porque, sendo bens essenciais, não poderiam ter alíquotas maiores do que a alíquota modal, que naquele momento era 17% (dezessete por cento). Entretanto, explica que os efeitos da decisão foram fixados a partir do exercício de 2024. Essa decisão acabou gerando o Tema 745, de repercussão geral.

Explica que, na modulação do Acórdão do RE 714.139/SC, o STF estabeleceu a seguinte tese: *"Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços"*. Por fim, fez a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produzisse efeitos somente a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito (05/02/2021).

Neste caso, entende que se fixou um direito público subjetivo em favor dos estados, segundo o qual somente deveriam suportar o ônus da redução das alíquotas a partir de 2024, fundamentando a modulação, na necessidade dos Estados, de prazo para adaptarem suas finanças no orçamento de 2023, àquela nova sistemática impositiva. Acontece, porém, que, em 23/06/2022 entrou em vigência a Lei Complementar 194, editada pela União, sem participação dos Estados, embora de natureza tributária e trate de normas gerais quanto ao ICMS (tributo estadual), definindo como sendo essenciais, os combustíveis, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo. Explica que tais produtos e serviços não eram considerados essenciais pelos Estados e, na ausência de Lei, havia liberdade na fixação das alíquotas de ICMS.

Informa que a Lei Complementar 194, de 23/06/2022, estabeleceu serem essenciais alguns produtos e serviços tributados pelos Estados (receitas partilhadas com Municípios), exigindo indiretamente a redução automática das alíquotas praticadas, sem estabelecer um lapso de tempo, ou vacância, para as adequações, e também sem a devida compensação pelas perdas de receitas, ressaltando que não é comum lei tributária ter vigência imediata, após a sua publicação, em função de sua complexidade e das consequências da legislação, que requerem tempo para conhecimento e adequações.

Afirma que a LC 194/2022 não apresentou estimativas do impacto orçamentário e financeiro das perdas de receitas dos Estados, bem como, não previu medidas de compensação, as quais deveriam ser providenciadas imediatamente pela União, por força da vigência imediata da Lei. Pondera que a forma como entrou em vigência a Lei Complementar 194/2022, desconsiderou a existência do planejamento anual e do orçamento em execução, elaborado em 2021 para vigência em 2022, que fora elaborado considerando as receitas de ICMS com as alíquotas vigentes e não com as alíquotas que agora teriam que ser reduzidas.

Em função da redução das receitas tributárias, explica que o cumprimento do orçamento, que é obrigatório, ficaria prejudicado, causando danos à população que é a beneficiária dos serviços públicos estaduais.

Diante do impacto do imposto nas contas públicas, informa que o Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) interpôs, em 27/06/2022 a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR em face do artigo 1º, artigo 2º, artigo 3º, artigo 4º, artigo 7º, artigo 8º, e artigo 9º e artigo 10º, da Lei Complementar Federal n. 194, de 23 de junho de 2022, em defesa da ordem constitucional em vigor e do pacto federativo, e pelos fatos e fundamentos aduzidos na peça processual. Afirma que os Estados, mesmo se contrapondo por não mais poderem manter alíquotas maiores que a alíquota modal, em estrita observância ao princípio da Legalidade, foram compelidos a reduzir suas alíquotas até então vigentes, a partir da publicação da LC 194, 23/06/2022.

Informa que o Estado da Bahia, com o Decreto 21.494, de 04/07/2022, implementou a LC 194/22, ressalvando, entretanto, que se lhe sobrevier decisão favorável no julgamento da ADI 7128, a alíquota voltaria ao *status quo* de antes. Transcreve “*ipsi literis*” o Art. 1º do Decreto retro mencionado, conforme abaixo.

*“Art. 1º Nos termos da Lei Complementar Federal nº 194, de 23 de junho de 2022, que estabelece patamar na aplicação da alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre as operações com combustíveis e energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicações, em caráter excepcional e extraordinário, o ICMS sobre as operações e prestações internas a seguir indicadas ficam tributadas pela alíquota prevista no inciso I do art. 15 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 2016, **caso não sobrevenha eventual modificação em decisão pelo Supremo Tribunal Federal** (grifo acrescido):*

I - Operações com energia elétrica e combustíveis;

II - Prestações de serviços de comunicação.

Parágrafo único. Não se aplica o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no caput deste artigo.”

Informa que, no julgamento da ADI 7128, o STF, por unanimidade, conheceu da ação direta e julgou-a procedente, com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 16, inc. II, alínea “i”, e inciso V, ambos da Lei estadual 7.014, de 1996, com a redação dada pela Lei Estadual nº 12.609, de 2012, da Bahia, com eficácia para o futuro, a contar de 1º/01/2024, ressalvadas as ações pertinentes a essa controvérsia já ajuizadas até 05/02/2021, nos termos do voto do Relator, cujo inteiro teor transcreve.

Explica que, por sobrevier decisão favorável ao Estado da Bahia, as alíquotas vigentes antes da LC 194/22 foram restabelecidas, por meio da Lei 14.629, de 08/11/2023, em estrita aderência ao comando jurisdicional da ADI 7128, oportunidade em que foi alterada a Lei 7.014/96.

Em face da decisão do julgamento da ADI 7128, favorável às unidades da federação, informa que o Estado da Bahia, em estrita obediência ao princípio da legalidade, restaurou as alíquotas, por meio do Decreto 21.796, de 04/07/2022, em estrita observância da coisa julgada material, agora restabelecendo a alíquota anterior em observância ao comando jurisdicional, conforme abaixo.

“Art. 1º Ficam restaurados, até 31.12.2023, nos termos de decisões prolatadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, os efeitos da alínea “i” do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, relativos às alíquotas incidentes nas operações com energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicação, ressalvadas as operações e prestações destinadas a contribuintes autores de ações pertinentes a essa controvérsia ajuizadas até 05.02.2021.

Parágrafo único. Fica restaurado o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas na alínea “i” do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.”

Por tudo o quanto aqui exposto, tendo em vista as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário. Dessa forma, visando salvaguardar o interesse público, espera dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela PROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

Esse é o relatório.

VOTO

Como não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

A infração única teve a sua conduta descrita como “O contribuinte recolheu a menor o ICMS sobre a prestação de serviços de telecomunicação nos meses de janeiro a março de 2023, devido a não observância da alteração na legislação tributária, quando realizou os cálculos do ICMS a recolher”. Trata-se de prestações de serviços de telecomunicações, ocorridas nos três meses que

se seguiram à publicação do Decreto Estadual 21.796/22, que restabelecera a alíquota incidente nas prestações citadas, para 26%.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando, inobservância do princípio da anterioridade nonagesimal, pois defende que o Decreto 21.796/22 só passou a produzir efeitos a partir de abril/23, já que aumentou a carga tributária para as prestações de serviço de telecomunicações.

Como se vê, a discussão se cinge à aplicação da norma no tempo, o que exige uma análise do texto legal vigente à época dos fatos geradores. É o passo a fazer nas linhas que seguem.

Inicialmente, é importante destacar que a alíquota de ICMS incidente sobre as prestações de serviço de telecomunicações se encontra definida nos artigos 16, inciso V c/c o 16-A da Lei 7.014/96, abaixo reproduzidos.

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

V - 26 % (vinte e seis por cento) nos serviços de telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura.

...

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

Vale informar que o inciso V do art. 16 foi revogado pela Lei nº 14.629, de 08/11/23, DOE de 09/11/23, com efeitos apenas a partir de 01/01/24, não tendo gerado qualquer interferência na eficácia do dispositivo legal citado, no período dos fatos geradores. Assim o sistema legal então existente não sofreu alteração no primeiro trimestre do exercício de 2023, que pudesse ensejar qualquer dúvida na sua aplicação.

A questão controvertida tem relação, exclusivamente, com os efeitos dos decretos estaduais nº 21.494/22 e 21.796/22, que atuaram reduzindo e restabelecendo, sucessivamente, a alíquota aplicável às prestações de telecomunicações.

Com efeito, inicialmente, o Decreto 21.494/22 reduziu a alíquota aplicável às prestações citadas, conforme art. 1º, abaixo reproduzido.

*“Art. 1º Nos termos da Lei Complementar Federal nº 194, de 23 de junho de 2022, que estabelece patamar na aplicação da alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre as operações com combustíveis e energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicações, **em caráter excepcional e extraordinário, o ICMS sobre as operações e prestações internas a seguir indicadas ficam tributadas pela alíquota prevista no inciso I do art. 15 da Lei nº 7.014**, de 04 de dezembro de 1996, **caso não sobrevenha eventual modificação em decisão pelo Supremo Tribunal Federal**:*

...

II - prestações de serviços de comunicação.

Parágrafo único. **Não se aplica o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP**, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no caput deste artigo (grifos acrescidos)”.

Assim, embora não tivesse havido alteração do art. 16-A, inciso V da Lei 7.014/96 (que fixava a alíquota em 26%), o Decreto 21.494/22 criou regra excepcional e extraordinária que resultou numa redução temporária da alíquota para 18%, ao tempo em que afastou, também de forma

temporária, a incidência dos dois pontos percentuais vinculados ao FUNCEP, nos termos acima postos.

Considerando que sobreveio decisão do STF, no julgamento da ADI 7128, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o exercício de 2024, o Estado da Bahia publicou o Decreto 21.796/22, o qual, por sua vez, tratou de restaurar as alíquotas originalmente aplicadas, conforme art. 1º, abaixo reproduzido.

*“Art. 1º **Ficam restaurados, até 31.12.2023, nos termos de decisões prolatadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, os efeitos da alínea “i” do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, relativos às alíquotas incidentes nas operações com energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicação, ressalvadas as operações e prestações destinadas a contribuintes autores de ações pertinentes a essa controvérsia ajuizadas até 05.02.2021.***

*Parágrafo único. **Fica restaurado o acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas na alínea “i” do inciso II e do inciso V, ambos do art. 16 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996 (grifos acrescidos).***

Assim, o Sujeito Passivo sustenta a tese de que a restauração levada a termo por meio do Decreto 21.796/22 somente pode produzir efeitos noventa dias após a sua publicação, já que representaria uma elevação da carga tributária para o contribuinte.

Todavia, os efeitos do decreto mencionado se encontram disciplinados no seu art. 5º, o qual remete expressamente para o dia 01 de janeiro de 2023, conforme abaixo.

“Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 01 de janeiro de 2023.”

Assim, atender ao pleito defensivo representaria negar efeitos ao art. 5º do Decr. 21.796/22 (acima transcrito), o que é vedado a esta Corte Administrativa, nos termos do art. 167, inciso III do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Ademais, não se pode negar efeitos a um dispositivo (art. 16, inciso V da Lei 7.014/96) que já se encontrava no sistema desde março de 2013, cuja eficácia ficara sustada por força de um decreto excepcional e extraordinário, de caráter temporário, que se destinava a atuar enquanto não sobreviesse a decisão do STF, conforme expressamente fez referência o legislador, em dispositivo que peço vênica para voltar a reproduzir, abaixo.

*“Art. 1º Nos termos da Lei Complementar Federal nº 194, de 23 de junho de 2022, que estabelece patamar na aplicação da alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS sobre as operações com combustíveis e energia elétrica e nas prestações de serviço de comunicações, **em caráter excepcional e extraordinário,** o ICMS sobre as operações e prestações internas a seguir indicadas ficam tributadas pela alíquota prevista no inciso I do art. 15 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, **caso não sobrevenha eventual modificação em decisão pelo Supremo Tribunal Federal:***

...”

Ora, sobrevindo ao mundo jurídico com ares de temporariedade, nenhuma surpresa ocorreu quando foi editado novo decreto, restaurando o quadro normativo anteriormente existente, em face do que entendo que não há motivos que justifique a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal, na medida em que se reconfigurou um quadro normativo perfeitamente previsível.

Assim, considerando que existe lei válida e vigente, bem como que há a expressa determinação de produção de efeitos a partir de janeiro/23, pelo Decreto 21.796/22, entendo que se afigura legítima a exigência do imposto à alíquota de 28%, nos meses de janeiro a março/23.

Do exposto, julgo **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0023/24-0**, lavrado contra **CLARO S/A**, devendo ser intimado, o Sujeito Passivo, a efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 20.318.651,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2025.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE / RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR