



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 142.494.2015-9

Recurso VOL/CRF Nº 168/2016

RECORRENTE: EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE: MARISE DO Ó CATÃO e JOSÉ BARBOSA DE S. FILHO

RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. CONFLITO DE NORMA. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ERRO NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 20, III e 22, DO RICMS/PB. PERDA DO BENEFÍCIO. PENALIDADE DEVIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- As prestações de serviço de comunicação relacionadas a TV por assinatura somente gozam da fruição do benefício fiscal da redução da base de cálculo, quando o contribuinte atender, de forma irrestrita, ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação de regência de que trata o art. 33, XI, "b", §20, III, do RICMS/PB. O descumprimento da condição prevista na norma implica na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento.
- Na análise, não se pode atribuir efeito de relação entre tributos distintos (ICMS e FUNCEP) ao ponto de excluir a exigência para que outra seja feita a outro tributo, pois os benefícios fiscais trazidos por convênios nacionais é uma prerrogativa apenas para o ICMS e não ao FUNCEP.
- Inocorrência de conflito aparente de normas, cuja solução dar-se-ia com a prevalência da norma especial sobre a geral.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão exarada pela instância prima, que julgou procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.000001787/2015-59, lavrado em 8.10.2015, contra a empresa EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES LTDA, inscrição estadual nº 16.158.985-5, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 11.215.305,01 (onze milhões, duzentos e quinze mil, trezentos e cinco reais e um centavo), sendo R\$ 7.476.869,93 (sete milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos de ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 3.738.435,08 (três milhões, setecentos e

trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e oito centavos), de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 6.379/96.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de março de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, recurso voluntário interposto pela empresa face o seu inconformismo com a sentença prolatada na instância singular contra o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001787/2015-59, lavrado em 8 de outubro de 2015, onde a autuada acima citada, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo, juntamente com as notas explicativas que as seguem:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER PARCELA DO ICMS DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) SUJEITAS A INCIDÊNCIA DO ICMS, FATURADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO (MODELO 21), EM RAZÃO DE TER APLICADO PERCENTUAL MAIOR DE REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO NAS REFERIDAS SAÍDAS, OCASIONANDO CARGA TRIBUTÁRIA INFERIOR A 10%, PERCENTUAL EXIGIDO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL NAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (ART. 33, XI, B DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97).

NO LEVANTAMENTO REALIZADO PELA FISCALIZAÇÃO PARA APURAÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, CONSIDERAMOS A TRIBUTAÇÃO DO ICMS INTEGRAL (28%) DEVIDO À INCLUSÃO EM JUNHO DE 2011 DO § 20, III DO ART. 33 DO RICMS/PB, QUE CONDICIONA A UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO AO REGULAR CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL, NO PRAZO E FORMA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO.

O TRABALHO DESTA FISCALIZAÇÃO FOI FEITO A PARTIR DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003 (JUNHO DE 2011 A DEZEMBRO DE 2011) E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL EFD (JANEIRO DE 2012 A DEZEMBRO DE 2014) APRESENTADOS À SER/PB, CONFORME PLANILHAS EM MÍDIA CD, QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO DEMONSTRATIVO ANEXO, PARTES INTEGRANTES DESTES AUTOS.

RESSALTA-SE QUE A EMPRESA APRESENTOU SALDO DEVEDOR EM SUA CONTA GRÁFICA DURANTE TODO O PERÍODO ANALISADO.

De acordo com a referida peça acusatória a autuada ficou sujeita ao recolhimento do crédito total de R\$ 11.215.305,01 (onze milhões, duzentos e quinze mil, trezentos e cinco reais e um centavo), sendo R\$ 7.476.869,93 (sete milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos), referente ao ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB, e R\$ 3.738.435,08 (três milhões, setecentos e trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e oito centavos), de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios constam anexados à exordial, fls. 6 a 14: termos, planilhas de cálculos e CD-ROM contendo os arquivos magnéticos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, de forma pessoal, em 15/10/2015, a empresa apresentou defesa tempestiva, em 16.11.2016, (fl. 16 a 29), onde, em síntese, alega que não ocorre a hipótese apurada pela fiscalização uma vez que a alíquota efetiva de 10% (dez por cento) compreende tanto a alíquota do ICMS, quanto o adicional afetado ao FUNCEP, bem como que não

há o que se falar em descumprimento de obrigação principal, pois a divergência apontada pela Fiscalização entre o montante recolhido e o montante devido representa cifras centesimais.

Que, na hipótese de afastamento da redução de base de cálculo, deve ser alterada a autuação para considerar, na apuração do ICMS devido, os créditos cujo aproveitamento restou obstado por força do inciso II, § 1º da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 57/99.

Por fim, em relação à multa aplicada, impõe-se o seu cancelamento, tendo em vista o equivocado enquadramento dos fatos no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, em vez do art. 82, I, “b”, do mesmo diploma legal.

Com informação de não haver relato de antecedentes fiscais, (fls.63), os autos foram conclusos e aportados na instância “*a quo*”, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que em seu julgamento decidiu pela PROCEDÊNCIA do auto de infração, conforme sentença inserida às fls. 66 a 82 dos autos.

A empresa autuada foi notificada do julgamento singular em 9/5/2016, consoante prova de Aviso de Recebimento (fl. 84), impetrando recurso contrário à decisão monocrática, reiterando as mesmas argumentações e fundamentações de fato e direito apresentadas na fase de reclamatória, que passo a dispor em resumo abaixo transcrito:

- que a presente autuação guarda estrita relação com o Auto de Infração nº 93300008.09.00001843/2015-55 em que se discute o recolhimento a menor do FUNCEP referente ao ICMS ora exigido;
- que a matéria versa sobre prestação de serviço de TV por assinatura via satélite regulamentado pelos Convênios nº 57/99, 20/11 e 52/05 relativas à extraterritorialidade das normas dos Estados, envolvendo dois entes da Federação, aquele onde localiza o prestador e aquele onde está o tomador do serviço;
- que ao calcular o valor do imposto devido ao Estado da Paraíba em decorrência da prestação de serviços de TV por assinatura via satélite, a recorrente efetuou o cômputo do tributo (e seu adicional) apurando a parcela da base de cálculo que compete ao Estado da Paraíba (Convênio ICMS nº 52/05) ajustando a base de cálculo para que a carga tributária efetiva correspondesse a 10% (dez por cento), em estrita observância aos ditames do Convênio ICMS nº 57/99;
- que a regra geral prevista no art. 2º, parágrafo único, III, do Decreto nº 25.618/04, acerca da impossibilidade de se considerar o FUNCEP para efeito do cálculo de qualquer benefício fiscal, não se aplica ao presente caso, pois o propósito dos Convênios ICMS nº 57/99 e 52/08 é que

regulamentar o art. 11, § 6º, da LC nº 87/96, em observância aos artigos 102 e 199 do CTN.

- que há, tão somente, uma discussão interpretativa que ocasionou uma diferença ínfima quando da apuração da base de cálculo do ICMS relativo às prestações de serviço de TV por assinatura. O Convênio ICMS nº 57/99, ao dispor sobre a esta base de cálculo, autorizou os Estados a reduzir a base de cálculo de forma que a incidência do imposto resulte em 10% (dez por cento);
- que a repercussão deste engano foi o recolhimento a menor de ICMS em valores correspondentes a frações centesimais dos montantes apurados pelo Fisco, os quais foram ocasionados, não por má-fé, mas por genuína dúvida quanto modo de se calcular o imposto devido;
- que para a recorrente a alíquota efetiva (10%) compreende tanto o ICMS quanto o FUNCEP, porém, no entendimento do Fisco, a alíquota efetiva de 10% refere-se exclusivamente ao ICMS, ou seja, a redução da base de cálculo não se estende ao adicional afetado ao FUNCEP, o qual deve ser calculado mediante a aplicação da alíquota sobre a base integral;
- que importa concluir que a recorrente faz jus à redução da base de cálculo durante todo o período autuado, por sempre ter atendido ao procedimento definido pelo Convênio ICMS nº 57/99, restando dois caminhos possíveis para desfecho da causa, o primeiro, a cobrança recair sobre a diferença de 6,7% do ICMS remanescente, ou reconhecer o valor recolhido como correto, sendo devido a lavratura de um auto de infração somente para a cobrança do FUNCEP;
- que caso seja mantida a autuação deve ser reconhecido o direito ao aproveitamento de todos os créditos do imposto estadual a que tenha direito;
- que a multa aplicada não se mostra aplicável ao caso concreto, visto se enquadrar na hipótese do art. 82, II, “b” e não no V, “e” da Lei nº 6.379/96, estando atendidas as condições especificadas quanto à emissão de documentos fiscais e lançamento nos livros próprios, cabendo, para o caso, a adoção da aplicação normativa prevista no art. 112 do CTN;

Por conclusão, requer o acolhimento e provimento de seu recurso, reformando a sentença monocrática e declarando improcedente o lançamento, ou considerá-lo nulo determinando o seu arquivamento.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Em sessão de julgamento realizada em 21 de março de 2017, foi concedido pedido para sustentação oral realizada pelo advogado representante da recorrente.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise o recurso voluntário, diante da decisão proferida pela GEJUP que julgou procedente o lançamento indiciário, que retrata a ocorrência de irregularidade fiscal já relatada.

De início, vale frisar que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, a natureza da infração e a pessoa do infrator estão meridianamente determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte.

A matéria é regida pelos seguintes Convênios:

(CONVÊNIO ICMS 57/99)

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 – 5% (cinco por cento), até 31 de dezembro de 1999;

II – 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2000;

III – 10% (dez por cento), a partir de 1º de janeiro de 2001.

§ 1º A utilização do benefício previsto nesta cláusula observará, ainda, o seguinte:

I – será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual;

II – o contribuinte que optar pelo benefício não poderá utilizar quaisquer créditos fiscais;

III – fica condicionada ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação estadual;

IV – que todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, estejam incluídos no preço total do serviço de comunicação.

V – o contribuinte deverá:

a) divulgar no seu site, de forma permanente e atualizada, a descrição de todos os tipos de pacotes de televisão por assinatura comercializados, isoladamente ou em conjunto com outros serviços, com os correspondentes preços e condições;

b) manter à disposição do fisco, em meio magnético, as ofertas comercializadas, por período de apuração;

c) quando da comercialização conjunta, em pacotes, de serviço de televisão por assinatura e outros serviços:

1. discriminar, nas respectivas faturas e notas fiscais, os preços correspondentes a cada modalidade de serviço, de forma a demonstrar a sua independência e aderência às ofertas divulgadas nos sites;

2. observar que o valor da prestação de serviço de televisão por assinatura não será superior ao preço do mesmo serviço, prestado isoladamente em iguais condições a assinantes individuais ou coletivos.

§ 2º A opção a que se referem os incisos I e II do parágrafo anterior será feita para cada ano civil.

CLÁUSULA SEGUNDA - *O descumprimento das condições previstas nos incisos II ao V do § 1º da cláusula primeira implica perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento.*

Parágrafo único - A reabilitação do contribuinte à fruição do benefício fica condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização.

(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.

§ 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.

CLÁUSULA SEGUNDA - Sobre a base de cálculo prevista na cláusula primeira aplica-se a alíquota prevista em cada unidade federada para a tributação do serviço.

Passo a analisar a questão na sequência dos fatos abordados pela peça recursal e do desfecho meritório das acusações com base na sentença singular, senão vejamos:

Em preliminar, a recorrente alega que a presente autuação guarda estrita relação com outro auto de infração acerca de recolhimento a menor de FUNCEP, referente exatamente ao ICMS ora exigido. Neste contexto, entendo que a presente exigência não se sobrepõe sobre a outra ou mesmo se constitua em situação de “bis-in-idem, já que a presente lide centraliza no fato de o benefício fiscal da redução da base de cálculo, atribuída ao ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, conforme prevê o Convenio ICMS 57/99, ter sido aplicado erroneamente enquanto que a outra medida focaliza sobre a utilização de benefício da redução da carga tributária ser utilizado também para a aplicação do percentual destinado ao recolhimento do FUNCEP.

Primeiramente, contrariando o entendimento da recorrente, vale salientar que os recursos arrecadados do FUNCEP têm destinação específica, conforme o artigo 1º da Lei nº 7.611/04, supracitado. Portanto, tem natureza jurídica própria, diferentemente do imposto, cujo tributo independe de qualquer atividade estatal específica, conforme conceituação extraída do CTN, em seu artigo 16 abaixo transcrito:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Assim, vejo que a matéria presente se apoia nos ditames previstos no Convênio ICMS nº 57/99, que autorizou a redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, não podendo ter relação ou ser extensivo a outros tributos, pois os benefícios fiscais trazidos por convênios nacionais é uma prerrogativa apenas para o ICMS, não havendo relação de causa e efeito entre ambos.

No mérito, vejo que esta apuração fiscal que contempla a denúncia de falta de recolhimento de ICMS em virtude de aplicação de redução da carga tributária maior que a devida sobre as prestações de serviços de comunicação (TV POR ASSINATURA), contrariando as disposições contidas artigo 33, “b” do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

O demonstrativo anexo ao Auto de Infração (fls. 06 e 07) atesta que a Auditoria considerou, para a apuração da base de cálculo do ICMS devido ao Estado da Paraíba, o valor correspondente à aplicação do percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do serviço, porém a carga tributária aplicada nas prestações de serviço declaradas nos documentos fiscais foi inferior a 10% do percentual devido, com recolhimento a menor de ICMS.

Acerca do primeiro questionamento abordado na reclamação e reiterado em sede de recurso os convênios são normas relativas à extraterritorialidade, comungo com a mesma fundamentação apresentada pelo julgador singular, pois ao contrário do que afirma a recorrente, não se trata de um conflito aparente de normas, cuja solução – segundo advoga – dar-se-ia com a prevalência da norma especial sobre a geral (art. 2º, parágrafo único, III, do Decreto nº 25.618/04).

Em verdade, a exigência fiscal foi motivada pela constatação de que as bases de cálculo teriam sido reduzidas com infringência ao regramento contido na própria regra especial de que tratam os Convênios citados, e neste sentido, a legislação tributária paraibana incorporou os ditames normativos em seu art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB que assim dispõe:

*Art. 33. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações seguintes, de forma **que a carga tributária resulte nos percentuais abaixo** indicados:*

(...)

XI - nas prestações de serviço de televisão por assinatura, observado o disposto nos §§ 20 a 23 (Convênios ICMS 57/99 e 20/11);

(...)

b) 10% (dez por cento), a partir de 1º de janeiro de 2001.

Assim, verifico sem maiores esforços hermenêuticos, que a carga tributária de 10% (dez por cento) deve ser aplicada, exclusivamente, sobre a base de cálculo do ICMS, não havendo como alargar seu alcance para admitir interpretação diversa.

Andou bem o julgador singular quando observou que a recorrente equivocou-se na formação da base de cálculo reduzida de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, vindo a utilizar a alíquota de 30% e não de 28%, posto que considerou o somatório dos percentuais correspondentes ao ICMS

(28%) e ao FUNCEP (2%).

A adoção do percentual de 30% (trinta por cento) implicou recolhimentos a menor em todos os períodos de apuração realizado pela recorrente, onde demonstro, como exemplo, o período de junho/2011 para evidenciar os equívocos cometidos pela empresa com intrínseca repercussão tributária, diante da falta de observância à regra disposta nos termos do art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, evidenciando a falta de recolhimento do ICMS, na adoção de carga tributária menor que a devida, senão vejamos:

DADOS	VALOR DA PRESTAÇÃO
A) Prestação dos Serviços	R\$ 1.282.848,61
B) Valor da base de cálculo da Paraíba (Conv. 52/05)	R\$ 641.424,31
C) Base de cálculo reduzida aplicada pela recorrente = $(641.424,31 \times 10\%[1]) / 30\%[2]$	R\$ 213.808,10
D) ICMS recolhido pela recorrente (R\$) = $28\%[3] \times 213.808,10$	R\$ 59.865,86
E) Base de cálculo reduzida na forma devida = $(641.424,31 \times 10\%[4]) / 28\%[5]$	R\$ 229.080,11
F) ICMS devido = $28\%[6] \times 229.080,11$	R\$ 64.142,43

Como se vê, não resta dúvida de que a recorrente incorreu em violação ao comando normativo que regula a matéria do benefício fiscal, vindo a deixar de recolher ICMS na forma correta apurada no item “F” acima, fato sucedido nos demais períodos contidos no procedimento fiscal realizado pela Fiscalização, situação que inquina a pretensão inicial da recorrente.

No segundo ponto da tese recursal, o patrono da causa informa não existir descumprimento de obrigação principal capaz de ensejar a exclusão do regime de redução da base de cálculo do ICMS de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, por entender haver uma ínfima diferença incapaz de caracterizar uma irregularidade fiscal.

Conforme legislação específica ao caso, às condições para fruição do benefício fiscal, faculta o contribuinte a possibilidade de sua adesão ao regime de apuração do ICMS, porém deve atender as prerrogativas impostas para seu usufruto, sob pena de perda do benefício, na forma dispostas pelo Decreto nº 32.138/11 que foi incorporado ao RICMS/PB e que se encontram delineadas nos §§§ 20, 21, 22 e 23 do artigo 33, do RICMS/PB, respectivamente, *in verbis*:

§ 20. A utilização do benefício previsto no inciso XI observará, ainda, o seguinte (Convênios ICMS 57/99 e 20/11):

I - será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de tributação;

II - o contribuinte que optar pelo benefício não poderá utilizar quaisquer créditos fiscais;

*III - **fica condicionada ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação;** (grifo nosso)*

IV – que todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, estejam incluídos no preço total do serviço de comunicação;

§ 21. A opção a que se referem os incisos I e II do § 20 será feita para cada ano civil (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).

Acrescentado o § 22 ao art. 33 pelo art. 4º do Decreto nº 32.138/11 (DOE de 12.05.11).

Efeitos a partir de 01.06.11.

*§ 22. O descumprimento da condição prevista no inciso III do § 20 **implicará a perda do benefício a partir do mês subsequente àquele que se verificar o inadimplemento** (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).*

Acrescentado o § 23 ao art. 33 pelo art. 4º do Decreto nº 32.138/11 (DOE de 12.05.11).

Efeitos a partir de 01.06.11.

§ 23. A reabilitação do contribuinte à fruição do benefício previsto no inciso XI *ficará condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente* ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização. (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).

Pela interpretação dos dispositivos acima transcritos, é clarividente que, para fruição do benefício de que trata o artigo 33, XI, “b”, do RICMS/PB, faz-se imperativo que todas as condições contidas nos seus parágrafos sejam atendidas pela empresa, sob pena de perder o benefício fiscal com exigência do imposto remanescente não recolhido.

Neste contexto, não procede à arguição da recorrente ao alegar que cumpriu fielmente as suas obrigações fiscais ou que tenha havido uma interpretação prejudicial ao contribuinte pela metodologia de cálculo devida.

O fato de a recorrente ter deixado de recolher o ICMS em sua integralidade, como demonstrado, foi decorrente de uma adoção equivocada para formação da base de cálculo reduzida, haja vista ter considerado, como alíquota aplicável ao caso, o somatório dos percentuais relativos ao ICMS e ao FUNCEP, implicando, portanto, numa redução a maior da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, com recolhimento do imposto em valores inferiores ao devido.

Ao analisar as razões recursais dispostos frente a decisão recorrida vejo que a questão encontra-se dirimida no sentido de que não há como aceitar a premissa trazida, novamente, pela recorrente posto que não se vislumbra a ocorrência de uma “*petitio principii*”, como tenta evidenciar a douda tese de defesa.

Tal fato se confirma quando se denota que a premissa que motivou a lavratura do Auto de Infração não foi, simplesmente, o erro na formação da base de cálculo que a reduziu a valores aquém do permitido pela legislação, mas sim o irregular cumprimento da obrigação principal, na forma prevista na legislação de regência para usufruto do benefício fiscal.

Como bem trilhou a fundamentação da sentença, para desconsiderar o benefício da redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, basta, por exemplo, que o contribuinte não recolha o tributo devido no prazo previsto na legislação ou que o faça em valores aquém do efetivamente devido, pelos motivos mais diversos.

As alegações reiteradas pelo nobre causídico de que o fato encerra uma petição de princípio, com a devida vênia não se sustenta e não merece acolhimento. Admitir-se o contrário, seria restringir, injustificadamente, a condição contida no art. 33, § 20, III, do RICMS/PB.

É neste contexto que tomo as considerações trazidas pelo julgador “a quo”, quando citou em sua decisão a seguinte passagem:

“Em matéria de redução de base de cálculo do ICMS, o Supremo Tribunal Federal – STF já reafirmou entendimento de que se equipara à isenção parcial para fins de aproveitamento de crédito”. A partir do julgamento do RE 174.478-2 (*leading case*), a Corte passou a tratar as figuras da redução da base de cálculo e da isenção como equiparadas. Ao “atribuir o mesmo valor”, o STF aponta na direção da necessidade de interpretarmos o artigo 111 do Código Tributário Nacional de maneira a considerarmos que o verbete “isenção”, contido no seu inciso II, também deve abranger a expressão “redução de base de cálculo”.

Assim, necessário compreender que a interpretação do dispositivo que prevê a redução de base de cálculo deve ser literal, nos moldes do artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 111 Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção; (grifo nosso)

Portanto, o benefício da redução da base de cálculo do ICMS está condicionado, literalmente, ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação (inciso III do § 20 do artigo 33 do RICMS/PB), em consonância, ainda, com a disposição contida no art. 5º c/c 6º da Lei nº 6.379/96, que assim dispõe em matéria de incentivos e benefícios fiscais:

Art. 5º *As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos ou revogados mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.*

Parágrafo único. *O regulamento indicará os benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu.*

Art. 6º *Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou a*

prestação. (grifo nosso)

Neste sentido, acertada foi a decisão de firmada pelo julgador monocrático pela exigibilidade da denúncia, diante da inobservância à legislação de regência para fruição do benefício fiscal que importa redução da base de cálculo do ICMS de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB.

No tocante ao reconhecimento para usufruto de crédito fiscal em razão do afastamento do benefício da redução da base de cálculo acompanho o entendimento da instância prima, no sentido de que a impossibilidade de utilização da redução da base de cálculo, tem-se, como consequência legal, a possibilidade de o contribuinte apropriar-se dos créditos fiscais, caso exista no período glosado, e desde que autorizados pela legislação tributária estadual, porém não nesta demanda processual, a título de abatimento.

Assim, cabe ao contribuinte formalizar petição em processo de restituição, por se tratar de um possível creditamento extemporâneo, a ser avaliado e constatado por meio de processo próprio e em setor competente da SER, nos termos do RICMS/PB.

Neste sentido, rechaço o pleito apresentado para apuração de créditos para efeito de dedução na presente exigência fiscal.

Acerca da alegação de erro na imputação da penalidade devida, recorrente assevera que o caso concreto amolda-se a outro dispositivo legal: o artigo 82, I, “b”, da Lei nº 6.379/96, requerendo seu cancelamento por não se admitir o reenquadramento da multa aplicada no inciso II, “e” do artigo 82 da lei, por ser este de aplicação meramente subsidiária e da impossibilidade de mudança do critério jurídico da autuação.

Pois bem, de fato existe um caráter subsidiário no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, pois este deve ser aplicado, tão somente, para os casos não enquadrados nas demais hipóteses do artigo 82 da Lei nº 6.379/96, porém a justificativa apresentada pela recorrente para subsunção do fato ao disciplinamento da penalidade prevista no art. 82, I, “b”, do mesmo diploma legal, demonstra ser imprópria ao caso concreto em análise.

A multa de que trata o art. 82, I, “b”, da Lei nº 6.379/96 não se amolda a situação tipificada pela fiscalização como pretende a douta tese da recorrente, vez que para que pudesse ser aplicável, o caso apurado retraria uma hipótese de o contribuinte ter emitido os documentos fiscais, lançado as prestações de serviço de comunicação no livro próprio e deixado de recolher, no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente, ou seja, o próprio ICMS declarado, fato não ocorrido na presente demanda tributária através dos documentos fiscais e seus registros fiscais competentes.

O caso ventilado nos autos revela uma situação distinta da proposta pela recorrente, pois esta recolheu o tributo por ela declarado, no entanto os documentos fiscais consignaram valores de ICMS

inferiores ao efetivamente devido na prestação de serviço de comunicação (TV por assinatura), fato este que obrigou a fiscalização a lançar mão do lançamento de crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS e não daquele que foi declarado e recolhido pelo contribuinte.

Note-se que não se trata de um lançamento com vistas a exigir um crédito declarado e não recolhido (ou recolhido a menor), mas sim de exação motivada pela falta de recolhimento do ICMS em razão de o Contribuinte haver majorado a redução da base de cálculo do referido imposto (acarretando recolhimento a menor do ICMS) quando da emissão das NFST, portanto, não existe dúvida quanto ao enquadramento da penalidade imputada que se amolda a hipótese do art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Diante do exposto, arrimada na legislação de regência e nas considerações de cunho legal, esta relatoria entende em não acolher às alegações recursais apresentadas, acatando a procedência da decisão recorrida.

Com estes fundamentos,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão exarada pela instância prima, que julgou procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.000001787/2015-59, lavrado em 8.10.2015, contra a empresa EMBRATEL TVSAT TELECOMUNICAÇÕES LTDA, inscrição estadual nº 16.158.985-5, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 11.215.305,01 (onze milhões, duzentos e quinze mil, trezentos e cinco reais e um centavo), sendo R\$ 7.476.869,93 (sete milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos de ICMS, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 3.738.435,08 (três milhões, setecentos e trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e oito centavos), de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 6.379/96.

Sala

das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, 21 de março de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator