

Acórdão: 23.334/19/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001203870-83
Impugnação: 40.010147896-63
Impugnante: Telefônica Brasil S.A.
IE: 062190468.02-07
Proc. S. Passivo: André Mendes Moreira/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - TV A CABO/INTERNET – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatou-se recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de utilização de base de cálculo inferior àquela prevista no item 25, Anexo IV do RICMS/02, nas prestações de serviços de comunicação relativos à TV por assinatura. Procedimento fiscal respaldado nos arts. 2º, inciso III e 13, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 43, inciso X, § 4º do RICMS/02. **Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento à menor do ICMS em decorrência de utilização de base de cálculo inferior àquela prevista no item 25, Anexo IV do RICMS/02, nas prestações de serviços de comunicação relativos à TV por assinatura, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/47, acompanhada dos documentos de fls. 49/102, com os seguintes argumentos:

- sustenta que a prestação de serviço de TV por assinatura via satélite, objeto do Auto de Infração em exame, caracteriza-se como serviço de comunicação não medido, cujo preço é cobrado por períodos definidos e nos quais a estipulação do valor devido pela sua prestação não leva em consideração qualquer medida de consumo pelo usuário;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que os Convênios ICMS n°s 52/05 e 99/15 teriam sido internalizados na legislação mineira, segundo os quais as duas hipóteses para se efetuar o cálculo do tributo devido são:

1) redução da base de cálculo no importe de 52% (cinquenta e dois por cento) ou:

2) aplicação, facultativamente, de forma simples, da alíquota de 12% (doze por cento).

- informa que para o caso em exame, teria adotado a segunda hipótese;

- requer o cancelamento do crédito tributário, uma vez que as exigências fiscais fundamentam-se no Decreto n° 47.459/18 referente a fatos geradores que já teriam ocorrido, em afronta ao princípio da irretroatividade.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 106/116, com os argumentos a seguir reproduzidos:

- relata que o Convênio ICMS n° 78/15 autoriza os estados e o Distrito Federal a conceder redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura conforme percentuais mínimos preestabelecidos;

- destaca que ao estabelecer um percentual mínimo para incidência do imposto, o retro citado convênio não criou com isto um “reductor de alíquota”, uma vez que apenas estabeleceu que na concessão de redução de base de cálculo pelas unidades federativas deverá ser obedecido um percentual mínimo de imposto sobre a base de cálculo;

- informa que no estado de Minas Gerais a redução de base de cálculo não poderia resultar em percentual menor que 12%, (doze por cento);

- salienta que neste sentido foi publicado o Decreto n° 46.857/15 que alterou o item 25 do Anexo 4 do RICMS/02 que dispõe sobre a redução da base de cálculo na prestação de serviço de comunicação, na modalidade de televisão por assinatura;

- acrescenta que o item 25.4 do Anexo 4 do RICMS/02 faculta a aplicação de um multiplicador em substituição à aplicação da alíquota sobre o valor reduzido da base de cálculo;

- reitera que a aplicação do multiplicador facilita no cálculo do imposto, pois na metodologia original, aplica-se o percentual de redução sobre a base de cálculo, após aplica-se a alíquota, ao passo que o multiplicador é aplicado direto sobre a base de cálculo apurando-se assim o valor do ICMS: multiplicador = (base de cálculo – redução prevista) x alíquota aplicada;

- conclui que o valor do imposto apurado pela aplicação do reductor da base de cálculo, item 25, Anexo 4 do RICMS/02 ou facultativamente pelo uso do multiplicador, item 25.4, Anexo 4 do dispositivo regulamentar, não poderá resultar em valores diferentes para o ICMS, haja vista que o multiplicador é somente um facilitador do cálculo do ICMS, não configurando “redução de alíquota” conforme alega a Defesa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- enfatiza que o Decreto nº 46.857/15 alterou-se o item 25 e 25.4, ambos do Anexo IV do RICMS/02, disciplinando a redução de 52% (cinquenta e dois por cento) da base de cálculo nas prestações de serviço de TV por assinatura e multiplicador facultativo de 0,12 (doze centésimos);

- aduz que antes do Decreto nº 46.857/15 entrar em vigor, foi publicado a Lei nº 21.781, de 01/10/15, que alterou a alíquota do ICMS incidente na prestação de serviço de comunicação de 25% (vinte e cinco por cento) para 27% (vinte e sete por cento) a partir de 01/01/16, regulamentada pelo Decreto nº 46.924, de 29/12/15;

- reitera que o valor da alíquota e o percentual da redução da base de cálculo definem o valor do multiplicador facultativo e que, portanto, alterando-se a alíquota, conseqüentemente, o multiplicador é alterado;

- observa que em virtude do aumento da alíquota para 27% (vinte e sete por cento) e a redução de 52% (cinquenta e dois por cento) da base de cálculo tem-se um multiplicador de 0,1296 (um mil, duzentos e noventa e seis décimos de milésimos): multiplicador opcional = $(100\% - 52\%) \times 27\% = 0,1296$;

- destaca que o estado de Minas Gerais incorreu em um erro, uma vez que ao alterar a alíquota prevista no art. 42, inciso I, alínea "j" do RICMS/02 de 25% (vinte e cinco por cento) para 27% (vinte e sete por cento), não alterou o multiplicador previsto no item 25.4 do Anexo IV, do retrocitado dispositivo regulamentar;

- ressalta que com o objetivo de promover a correção do erro material, manteve a faculdade de aplicação do multiplicador de 0,12 (doze centésimos) para cálculo do imposto e não de 0,1296 (um mil, duzentos e noventa e seis décimos de milésimos) e que, a partir da vigência da alíquota de 27%, (vinte e sete por cento), publicou-se o Decreto nº 47.459/18.

Por fim, pede a procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento à menor do ICMS em decorrência de utilização de base de cálculo inferior àquela prevista no item 25, Anexo IV do RICMS/02, nas prestações de serviços de comunicação relativos à TV por assinatura, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que resta incontroverso, diante de todos os elementos de provas que constam nos autos, que a legislação de regência para a hipótese em comento, trata-se dos Convênios ICMS nºs 52/05 e 99/15, que foram internalizados na legislação mineira.

As Cláusulas 1ª, 2ª e 3ª do Convênio ICMS nº 52/05 dispõem sobre a forma de apuração do imposto devido a cada unidade da Federação envolvida na prestação do serviço de TV por assinatura. Confira-se:

Convênio ICMS nº 52/05

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (Grifou-se).

§ 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. (Grifou-se).

Cláusula terceira O valor do crédito a ser compensado na prestação será rateado na mesma proporção da base de cálculo prevista no *caput* da cláusula primeira.

Parágrafo único. O benefício fiscal concedido por unidade federada, nos termos da Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975, não produz qualquer efeito quanto às demais unidades federadas.

Importante destacar que o Convênio ICMS nº 52/05 foi internalizado pela legislação mineira por meio do Decreto nº 44.132/05, nos termos do art. 44-C, Anexo IX do RICMS/02. Examine-se:

Anexo IX - RICMS/02

Art. 44-C. Para os efeitos do disposto nos arts. 44-A e 44-B desta Parte, o contribuinte observará o seguinte:

I - sobre a base de cálculo estabelecida aplicar-se-á a alíquota prevista em cada unidade da Federação para a tributação do serviço;

II - o valor do crédito a ser compensado na prestação será rateado entre as unidades da Federação do prestador e do tomador, na mesma proporção da base de cálculo;

III - benefício fiscal concedido nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, por uma unidade da Federação não produz quaisquer efeitos quanto às demais;

Diante disso, nas prestações de serviço de TV por assinatura via satélite, cujo preço seja cobrado por períodos definidos, envolvendo mais de uma unidade da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federação, o ICMS devido a cada Unidade Federada será apurado conforme demonstrado a seguir:

ICMS = 50% (preço do serviço) x alíquota prevista em cada UF.

Destaca-se, por oportuno, que o Convênio ICMS nº 78/15 autoriza os estados e o Distrito Federal a concederem redução de base de cálculo do ICMS, nas prestações e serviços de televisão por assinatura, conforme percentuais mínimos estabelecidos. Em Minas Gerais, a redução de base de cálculo do imposto não poderá resultar em percentual inferior à 12% (doze por cento).

A alíquota a ser utilizada na apuração do ICMS devido ao estado de Minas Gerais está prevista no art. 12, inciso I, alínea “j” da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

j) 27% (vinte e sete por cento), na prestação de serviço de comunicação, de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2019, e 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 2020;

(Grifou-se).

Ademais, também restou incontroverso no Auto de Infração em exame, que a Contribuinte realizou a apuração do tributo de acordo com o Decreto nº 46.857/15, que estava vigente a época dos fatos geradores.

Todavia, após a modificação das alíquotas, que ocorreu a partir de 01 de janeiro de 2016, com o advento da Lei Estadual nº 21.781/15, a forma de realizar o cálculo do tributo, previsto no subitem 25.4, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, que disciplinava para o contribuinte a aplicação do multiplicador de 0,12 (doze centésimos), não fora modificado na mesma época.

Registra-se, por oportuno, que tal situação somente alterou-se com o advento do Decreto nº 47.459/18. Confira-se:

Decreto nº 47.459/18

Art. 1º - Os subitens 25.4 e 27.1 da Parte 1 do Anexo IV do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 2º - É devido o recolhimento da diferença do ICMS pelos contribuintes que recolheram a menor o imposto em decorrência da aplicação indevida do multiplicador:

I - previsto no subitem 25.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS, de 0,12 (doze centésimos) em vez de 0,1296 (um mil duzentos e noventa e seis décimos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de milésimo), nos termos do art. 1º deste decreto, relativamente ao período de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016;

II - previsto no subitem 27.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS, de 0,15 (quinze centésimos) em vez de 0,162 (cento e sessenta e dois milésimos), nos termos do art. 1º deste decreto, a partir de 1º de janeiro de 2016.

§ 1º - A diferença a que se refere o caput poderá ser recolhida sem a incidência de juros e penalidades, até o dia 31 de agosto de 2018.

§ 2º - Após a data prevista no § 1º, serão acrescidos juros e multa desde a data de vencimento original do imposto.

A Defesa alega que o Decreto nº 47.459/18 é ilegal e inconstitucional por violar o princípio da irretroatividade da norma tributária. Aduz ainda que a Fazenda Estadual não pode exigir a diferença do ICMS que foi recolhido à menor, apurado pela metodologia da “redução da alíquota” prevista na legislação mineira à época dos fatos.

Denota-se que o estado de Minas Gerais, de forma expressa atribuiu efeitos retroativos a esta norma, com o que, realmente poderia ser objeto de análise o desrespeito ao princípio da irretroatividade, previsto na Carta Magna.

Registra-se por oportuno, que o multiplicador de 0,12 (doze centésimos), configura erro, conforme já demonstrado, podendo ser este corrigido, sem que tal fato implique violação ao princípio da irretroatividade estabelecido no art. 150, inciso III, alínea “a” da Constituição da República de 1988 – CR/88, que veda a exigência de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou aumentou.

Importante salientar que o Decreto nº 47.459/18 que corrigiu o multiplicador não criou ou instituiu imposto, muito menos alterou alíquota ou base de cálculo, tratou-se somente da correção de erro fático.

Nesse diapasão não há que se falar em “direitos adquiridos” no caso de anulação. Afinal, a anulação só ocorre diante de ato com vício e não existe direito adquirido a manutenção de ato viciado no mundo jurídico.

Apesar de previsão legal e regulamentar vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, acerca da alíquota incidente sobre o ICMS/Comunicação de 27% (vinte e sete por cento), e da previsão de redução de base de cálculo de 52% (cinquenta e dois por cento), a Autuada aplicou o multiplicador de 0,12 (doze centésimos) sobre o valor de 50% (cinquenta por cento) do serviço constantes das notas fiscais de serviço de telecomunicações para a apuração do ICMS, resultando num valor efetivamente menor recolhido ao estado de Minas Gerais.

Diante disso, reiterando, uma vez que o Decreto nº 47.459/18, previu de forma expressa que teria efeitos retroativos, atinentes a forma de realizar o cálculo do tributo, previsto no subitem 25.4, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, efeito este que não pode objeto de análise no presente órgão, resta pertinente o lançamento ora em análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre reiterar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146; (grifou-se).

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Pedro Vaz Duque e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2019.

Marcelo Nogueira de Morais
Relator

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

CS/P

CC/MG