



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº1513972016-7

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

1ªRecorrida:SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

2ªRecorrente:SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ-JOÃO PESSOA

Autuantes:MARISE DO Ó CATÃO E JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO.

Relator:CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. TV POR ASSINATURA. SERVIÇOS NÃO MEDIDOS. REPARTIÇÃO IGUALITÁRIA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS PRESTADORES E TOMADORES. PREVISÃO NA LC 87/96. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Tratando-se de serviços de comunicação não medidos, que é o caso de TV por assinatura, o ICMS devido será recolhido em partes iguais entre as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador, nos termos do artigo 11, § 6º, da Lei Complementar nº 87/96, não merecendo guarida a cobrança da totalidade do imposto ao Estado em que se localiza o tomador do serviço.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e provimento do segundo, para manter, a sentença monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002104/2016-61, lavrado em 26/10/2016, em desfavor da empresa SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., inscrição estadual nº 16.195.862-1, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de outubro de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA .

ALENCAR SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos termos dos arts. 80 e 77, respectivamente, da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002104/2016-61, lavrado em 26/10/2016 (*fls.* 3 e 5) no qual a autuada SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., nos autos qualificada, é acusada da seguinte infração:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER NO PERÍODO DE FEVEREIRO A DEZEMBRO DE

2015 ICMS DEVIDO NA IMPORTÂNCIA DE R\$ 3.680.829,39 (TRÊS MILHÕES, SEISCENTOS E OITENTA MIL, OITOCENTOS E VINTE E NOVE REAIS E TRINTA E NOVE CENTAVOS) SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO VIA SATÉLITE (TV POR ASSINATURA) A USUÁRIOS LOCALIZADOS NO TERRITÓRIO PARAIBANO, CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

O TRABALHO DESTA FISCALIZAÇÃO FOI FEITO A PARTIR DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003 APRESENTADOS À SER/PB (PLANILHAS EM MÍDIA CD ANEXAS), DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL EFD E DOS VALORES MENSAIS RECOLHIDOS PELA EMPRESA (SISTEMA ATF/ARRECADAÇÃO DA SER/PB) QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO DEMONSTRATIVO ANEXO, PARTES INTEGRANTES DESTA AUTO. RESSALTA-SE QUE A EMPRESA APRESENTOU SALDO DEVEDOR EM SUA CONTA GRÁFICA DURANTE TODO O PERÍODO ANALISADO.

REGISTRA-SE QUE COM A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 139/14 (DECRETO 35.710/15), O ESTADO DA PARAÍBA DEIXOU DE SER SIGNATÁRIO DO CONVÊNIO ICMS 52/08 (DECRETO 26.141/05), QUE DETERMINAVA A DIVISÃO IGUALITÁRIA (50%) DO ICMS ENTRE OS ESTADOS DE LOCALIZAÇÃO DO PRESTADOR E TOMADOR DE SERVIÇO DE TV POR ASSINATURA, DEVENDO O ICMS SER RECOLHIDO EM SUA TOTALIDADE PARA ESTE ESTADO, ONDE SE ENCONTRA O ESTABELECIMENTO OU DOMICÍLIO DO TOMADOR DO SERVIÇO, CONFORME DETERMINA O ART. 3º, § 4º DO RICMS/PB (CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS 10/98) E OS ARTIGOS 11, INCISO III, ALÍNEA C-1 E O ART. 12, INCISO XIII DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração, os auditores fiscais procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor de R\$ 3.680.829,38 (três milhões, seiscentos e oitenta mil, oitocentos e vinte e nove reais e trinta e oito centavos), R\$ 1.840.414,70 (um milhão, oitocentos e quarenta mil, quatrocentos e quatorze reais e setenta centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, totalizando um crédito tributário no montante de R\$ 5.521.244,08 (cinco milhões, quinhentos e vinte um mil, duzentos e quarenta e quatro reais e oito centavos), referente aos fatos geradores ocorridos entre os períodos de fevereiro de 2015 a dezembro de 2015.

Documentos instrutórios juntados às fls. 5 a 7, incluindo: demonstrativo resumo do ICMS devido sobre as prestações de serviços de TV por assinatura, e arquivo em mídia-CD, contendo os dados das notas fiscais dos referidos serviços, e Termo de Início de Fiscalização.

Devidamente cientificada por via postal com Aviso de Recebimento – AR recepcionado em 17/11/2016, fl. 10, a empresa autuada apresentou Reclamação tempestiva, fls. 12 a 29, protocolada em 9/12/2016, fl. 11, em que, pelas suas razões, solicita, em sede de preliminar, nulidade do Auto de Infração, por imprecisão da natureza da infração, e, no mérito, o cancelamento da autuação, ou ainda a redução da multa aplicada, por ser de caráter confiscatório. Junta aos autos cópias do contrato social da empresa e suas alterações, bem como um Parecer do Profº Paulo de Barros Carvalho, sobre a matéria em foco, fls. 104 a 160, inerente aos Estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Sem registro de antecedentes fiscais (fl. 177), foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que após apreciação e análise, decidiu pela improcedência da autuação, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) – SERVIÇOS NÃO MEDIDOS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 11, § 6º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – REPARTIÇÃO IGUALITÁRIA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS ONDE ESTIVEREM LOCALIZADOS O PRESTADOR E O TOMADOR DO SERVIÇO

Em se tratando de serviços “não medidos”, descabe a exigência do recolhimento integral, para o Estado da Paraíba, do ICMS relativo à prestação onerosa de serviço de comunicação de televisão por assinatura realizada por empresa domiciliada em outra Unidade da Federação. A natureza do serviço de TV por assinatura impõe a aplicação da regra insculpida no art. 11, § 6º, da LC nº 87/96, cabendo a repartição, em partes iguais, do montante do ICMS devido entre os Estados onde estiverem localizados o prestador e o tomador do serviço.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Regularmente cientificados da decisão *a quo*, por meio de Aviso de Recebimento - AR, recepcionado em 27/12/2017, anexo à fl. 194, a empresa autuada compareceu aos autos para apresentar recurso voluntário, fls. 195 a 215, protocolado em 28/12/2017, denominado pela autuada de “Contrarrazões ao Recurso de ofício”, trazendo à baila, em síntese, as seguintes razões, nos mesmos moldes apresentados em sua peça de defesa, no julgamento da instância *a quo*:

- a) A peça acusatória não permite identificar, com precisão, quais seriam os dispositivos legais infringidos pela Impugnante, impossibilitando o contraditório e a ampla defesa, fulminando-se de nulidade, nos termos do artigo 14, III, da Lei nº 10.094/13.
- b) No campo destinado a identificar a matéria tributável, não há qualquer dispositivo que sustente a pretensão da Fiscalização, uma vez que o artigo 106 do RICMS/PB nem sequer trata da incidência do ICMS sobre serviços de telecomunicações;
- c) Os serviços de distribuição de programação televisiva por assinatura da Impugnante constituem serviços “não medidos” de telecomunicação, os quais foram prestados por seu estabelecimento de São Paulo a clientes domiciliados no Estado da Paraíba e o ICMS a eles relativo foi recolhido em partes iguais para essas duas Unidades da Federação, em obediência à regra do § 6º do artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96;
- d) A Fiscalização, sob o argumento de que o Estado da Paraíba teria deixado de ser signatário do Convênio ICMS nº 52/05, consignou equivocadamente no Auto de Infração que, a partir de fevereiro de 2015, o ICMS devido em relação aos referidos serviços deveria ser integralmente recolhido aos cofres do Estado da Paraíba;
- e) A natureza do serviço prestado pela Impugnante se enquadra como “não medido”, uma vez que a tarifação do serviço não está direta e indissociavelmente relacionada com o tempo de utilização por parte do usuário. Ao contrário, é definida com base em outros critérios, ou seja, sempre é cobrada uma tarifa mensal fixa;
- f) O Estado da Paraíba pode se recusar a aderir ao Protocolo ICMS nº 25/03 e ao Convênio ICMS nº 52/05 e pretender instituir regras próprias de controle da apuração e do recolhimento do ICMS relativo aos serviços prestados para tomadores localizados em seu território, mas terá sempre que se manter dentro dos limites da Lei Complementar nº 87/96;
- g) O fato de o convênio ICMS nº 52/05 não se aplicar para o Estado de Paraíba apenas

representa que este não mais concorda com as formalidades estipuladas para a concretização da divisão de arrecadação do imposto. Todavia, esse Estado não pode simplesmente se recusar a aplicar a lei complementar que estipula a divisão da arrecadação, sob pena de ferir inclusive as regras que mantem e disciplinam o Pacto Federativo;

- h) Junta aos autos jurisprudências do STJ que acompanha este entendimento;
- i) A multa aplicada por meio do Auto de Infração se mostra desproporcional e confiscatória;
- j) As multas aplicadas nos lançamentos de ofício, por não decorrerem do descumprimento de obrigações acessórias, não constituem crédito tributário propriamente dito e, por este motivo, não sofrem incidência dos juros de mora que trata o art. 161 do CTN.
- k) Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração em epígrafe, ou, subsidiariamente, redução da multa aplicada, em razão do seu caráter confiscatório;
- l) Protesta pela produção de provas em direito admitidas, inclusive pela sustentação oral de seus argumentos.

Seguindo o trâmite processual, foram os autos remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Diante do pedido de sustentação oral de seu recurso voluntário, nos termos do art. 92, §1º, da Portaria SEFAZ nº 248/19, na forma de contrarrazões ao recurso de ofício, foi solicitado parecer à Assessoria Jurídica desta Casa, em conformidade com o art. 20, X, da Portaria SEFAZ nº 248/19.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame os *recursos voluntário e hierárquico* interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002104/2016-61, lavrado em 26/10/2016, em desfavor da empresa em epígrafe.

Importa ressaltar que o sujeito passivo atendeu ao aspecto temporal de interposição do *recurso voluntário*, razão pela qual atesto a sua *regularidade formal* no que tange ao pressuposto extrínseco da tempestividade.

Primeiramente, cumpre-me declarar que a peça acusatória se apresenta apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo nos termos do art. 142 do CTN, assim como não afronta as disposições contidas no artigo 41 da Lei nº 10.094/13^[2],

o Estado da Paraíba deixou de ser signatário do Convênio ICMS nº 52/05, que em sua Cláusula Primeira determina a repartição do ICMS em partes igualitárias entre o Estado prestador e o tomador dos serviços. Senão vejamos:

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.

Vislumbra-se que as prestações de serviços, que foram objetos da autuação, trata-se de comunicação via satélite, mediante TV por assinatura, que pela própria definição contida na norma supra, corresponde a serviços “não medidos”.

A Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 11, § 6º, trata da cobrança do ICMS em relação à este tipo de prestação de serviço, e assim dispõe:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

(...)

c-1) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;

§ 6º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, **tratando-se de serviços não medidos**, que envolvam localidades situadas em diferentes unidades da Federação e cujo preço seja cobrado por períodos definidos, **o imposto devido será recolhido em partes iguais para as unidades da Federação onde estiverem localizados o prestador e o tomador.**

Observemos que a regra contida no § 6º do artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96 determina a repartição do ICMS entre as unidades da Federação de domicílio do prestador e do tomador nas prestações de serviços “não medidos”.

Da exegese da norma supra, extrai-se que os serviços não medidos, que o caso dos autos, o imposto deve realmente ser recolhido em partes iguais pelos entes Federativos, onde estiverem localizados o prestador e tomador do serviço.

Verifica-se que a fiscalização autuou a partir de fevereiro de 2015, quando o Estado da Paraíba deixou de ser signatária do Convênio ICMS nº 52/05. Contudo, para os serviços de TV por assinatura, a obrigatoriedade da repartição do imposto continuava, por força da Lei Complementar 87/96, pois tais prestações se entende por serviços “não medidos”, reconhecido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), como se vislumbra no Ofício nº 169/2014/PRRE-

ANATEL, trazido à baila pelo sujeito passivo às fls. 165 a 166. Nele, a ANATEL se reporta à matéria da seguinte forma:

“Ora, os Serviços de televisão por Assinatura, em verdade, são cobrados por período, independentemente do montante efetivamente utilizado, não se verificando medição para se definir a contrapartida que será imposta ao assinante pela sua prestação. Por conseguinte, não há como se considerar os serviços de Televisão por Assinatura, independentemente da tecnologia utilizada, como “serviços medidos”.

Assim, a norma do artigo 11 da Lei Complementar nº 97/96, supracitado, é muito clara ao determinar que se considera como local da prestação o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, tratando-se prestação onerosa de serviço de comunicação via satélite. No entanto, para os casos de serviços **não medidos**, consoante preceitua seu parágrafo 6º, o ICMS será repartido em partes iguais entre o Estado prestador e aquele em que se localiza o tomador.

Neste mesmo entendimento, decidiu a Segunda Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.497.364 – GO (2014/0277069-8), de relatoria do Ministro Humberto Martins, trazido aos autos pela recorrente às fls. 168 a 176, e citado na decisão monocrática, cuja ementa do Acórdão abaixo reproduzo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.364 - GO (2014/0277069-8)

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO VIA SATÉLITE. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. ART. 11, § 6º, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. IMPOSTO RECOLHIDO EM PARTES IGUAIS PARA AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO EM QUE ESTIVEREM LOCALIZADOS O PRESTADOR E O TOMADOR.

1. Discute-se nos autos a competência para cobrança de ICMS sobre serviços de comunicação via satélite na modalidade TV por assinatura cujos fatos geradores ocorreram posteriormente à vigência da Lei Complementar 102/2000.

2. Nos termos do art. 11, inciso III, alínea "c-1", da Lei Complementar 87/96 (com redação da Lei Complementar 102/2000), regra geral, para os serviços de comunicação via satélite, a cobrança do ICMS compete a unidade da Federação em que está situado o domicílio do tomador. **Todavia, o § 6º do referido artigo traz uma exceção para os casos de serviços não medidos e cujo preço seja cobrado por períodos definidos.**

3. **Nos serviços de televisão por assinatura, o pagamento não é variável pelo tempo de utilização. O assinante opta por um pacote de canais e por ele pagará um valor fixo mensalmente. Logo, entende-se que o serviço prestado pela recorrente é não medido e o preço será cobrado por períodos definidos, qual seja, mensal. Desse modo, aplica-se ao caso dos autos o disposto no art. 11, § 6º, da Lei Complementar 87/96, segundo o qual se deve recolher o ICMS em partes iguais para as unidades da Federação em que estiverem localizados o prestador e o tomador. (grifo nosso)**

Como bem observado pela instância preliminar, o Convênio ICMS nº 52/05 tem natureza procedimental, pois suas cláusulas dispõem sobre procedimentos para operacionalização da norma

contida no artigo 11, §6º, da Lei Complementar nº 87/96, acima comentada.

Note-se que o próprio Convênio 139/14, acima citado em nota de rodapé, reporta-se “**aos serviços não medidos de televisão por assinatura, via satélite**”, não deixando dúvidas que tais serviços sejam considerados “não medidos”.

Neste norte, a exclusão do Estado da Paraíba como signatário do aludido Convênio, não significa que se pode ir de encontro ao disposto no parágrafo 6º do artigo 11 da LC 87/96, devendo, sim, o Estado regulamentar procedimentos próprios para sua operacionalização.

O mesmo entendimento verifico em outras Unidades da Federação, a exemplo do Estado de Tocantins, no Acórdão nº 056/2018, de relatoria do Cons.º Ricardo Shiniti Konya, cuja ementa adiante transcrevo:

ICMS. TELECOMUNICAÇÃO. TELEVISÃO POR ASSINATURA. SERVIÇO NÃO MEDIDO. IMPROCEDENTE.

É improcedente a reclamação tributária que requer ICMS integral da prestação de serviço de telecomunicação sobre as transmissoras de televisão por assinatura de empresa sediada em outra unidade da federação.

Destarte, diante das considerações supra, assiste razão à instância monocrática e a empresa autuada, de que houve um equívoco por parte da fiscalização, uma vez que o serviço de TV por assinatura se trata de serviço **não medido**, devendo prevalecer a norma extraída do art. 11, §6º da LC nº 87/96, que a partilha do ICMS sobre as prestações destes serviços deve ser feita em partes iguais entre as Unidades da Federação do prestador e do tomador.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovimento* do primeiro e provimento do segundo, para manter, a sentença monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002104/2016-61, lavrado em 26/10/2016, em desfavor da empresa SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA., inscrição estadual nº 16.195.862-1, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de outubro de 2019..

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator