



PROCESSO Nº 1951752020-4

ACÓRDÃO Nº 438/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (I.E. BAIXADA).

Advogado: Sr.º MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, inscrito na OAB/ RJ sob o nº 146.276

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA e JOÃO ELIAS COSTA FILHO.

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. INOBSERVÂNCIA DA NORMA VIGENTE. PERDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. PENALIDADE DEVIDA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Peça acusatória dentro dos ditames legais, não evidenciando casos de nulidade. Cerceamento do direito de defesa não configurado.

- O benefício fiscal da redução da base de cálculo atribuído às prestações de serviço de comunicação, relacionado à TV por assinatura, está condicionado, entre outros, ao cumprimento regular da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação tributária vigente. “In casu”, o descumprimento da condição prevista na norma implicou na perda do benefício no período em que se verificou o inadimplemento.

- Possibilidade de o contribuinte se apropriar dos créditos fiscais, caso existam no período denunciado na exordial, desde que autorizados pela SEFAZ/PB em processo específico.

- A penalidade proposta se amolda à situação tipificada pela fiscalização, por falta de recolhimento do ICMS, devendo ser aplicada ao caso com fundamento no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

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



A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a decisão singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002421/2020-64**, lavrado em 30 de dezembro de 2020 (*fl. 3 e 4*) em desfavor da autuada **OI MÓVEL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, Inscrição Estadual: 16.211.981-0 (BAIXADA), condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor total de **R\$ 2.849.077,96** (dois milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, setenta e sete reais e noventa e seis centavos), **sendo de ICMS R\$ 1.899.385,30** (um milhão, oitocentos e noventa e nove mil, trezentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), por infringência ao artigo 106 c/c o art. 33, inciso XI, alínea “b”, §§ 20, 21, 22 e 23, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 949.692,66** (novecentos e quarenta e nove mil, seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos), **de multa por infração**, com fundamento legal no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar que, além do contribuinte, que está com a I.E. BAIXADA, também devem ser remetidas aos representantes da empresa, em nome do Advogado, MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, OAB/RJ nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), endereço Avenida Rio Branco, nº 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20040-004, marcos@maneira.adv.br e intimacoes@maneira.adv.br, (procuração fl. 35), conforme solicitado na peça recursal (fl. 255).

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de setembro de 2023.

HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1951752020-4

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (I.E. BAIXADA).

Advogado: Sr.º MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, inscrito na OAB/ RJ sob o nº 146.276

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA e JOÃO ELIAS COSTA FILHO.

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. INOBSERVÂNCIA DA NORMA VIGENTE. PERDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. PENALIDADE DEVIDA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Peça acusatória dentro dos ditames legais, não evidenciando casos de nulidade. Cerceamento do direito de defesa não configurado.

- O benefício fiscal da redução da base de cálculo atribuído às prestações de serviço de comunicação, relacionado à TV por assinatura, está condicionado, entre outros, ao cumprimento regular da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação tributária vigente. “In casu”, o descumprimento da condição prevista na norma implicou na perda do benefício no período em que se verificou o inadimplemento.

- Possibilidade de o contribuinte se apropriar dos créditos fiscais, caso existam no período denunciado na exordial, desde que autorizados pela SEFAZ/PB em processo específico.

- A penalidade proposta se amolda à situação tipificada pela fiscalização, por falta de recolhimento do ICMS, devendo ser aplicada ao caso com fundamento no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

RELATÓRIO



Em análise, nesta e. Corte, o recurso voluntário interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002421/2020-64**, lavrado em 30 de dezembro de 2020 (*fl. 3 e 4*) em desfavor da autuada **OI MÓVEL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, Inscrição Estadual: 16.211.981-0 (BAIXADA), em que é acusada da seguinte infração:

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

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, ESTA SENDO AUTUADO POR SUPRIMIR PARCELA DO IMPOSTO ESTADUAL – ICMS, DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO MESMO, FATURADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL, NA QUALIDADE DE SUCESSOR EMPRESARIAL DA EMPRESA TNL PCS S/A CCICMS Nº 16132064-3, COM O DEVER DE DILIGÊNCIA, DEIXOU DE CUMPRIR A PRERROGATIVA IMPOSTA NO § 23 DO ART. 33 DO RICMS/PB, QUE TRATA DA REGULARIZAÇÃO DO RECOLHIMENTO DOS DÉBITOS FISCAIS REMANESCENTES DOS PERÍODOS ABRANGIDOS NO AUTO DE INFRAÇÃO 93300008.09.00000901/2015-23 LAVRADO POR DESCUMPRIMENTO DO § 22 DO ART. 33, ACARRETANDO A IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL ESTABELECIDO NA ALÍNEA “B” DO INCISO XI DO ART. 33 DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, QUE CONCEDE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE FORMA QUE A CARGA TRIBUTÁRIA DO ICMS SEJA REDUZIDA PARA 15%. NO LEVANTAMENTO EFETUADO PELA FISCALIZAÇÃO PARA APURAÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, DESCONSIDERAMOS O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO PELAS RAZÕES JÁ EXPOSTAS E CONSIDERAMOS A TRIBUTAÇÃO INTEGRAL DO ICMS (28%), DEDUZINDO, CONTUDO, O VALOR DO ICMS DECLARADO/ RECOLHIDO. A REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA É IGUAL AO VALOR DO ICMS NÃO DEBITADO, HAJA VISTA A ININTERRUPTA OCORRÊNCIA DE SALDO DEVEDORES EM CADA PERÍODO DE APURAÇÃO. A AUDITORIA FOI REALIZADA POR MEIO DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 BEM COMO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO ANEXO I - DEMONSTRATIVO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) QUE DEIXARAM DE SER TRIBUTADAS PELA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. (MÍDIA CD - ROOM), QUE INTEGRAM O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106, complementado em Nota Explicativa pelo art. 33, XI, “b”, §§ 20 a 23, ambos do RICMS/PB e Convênio ICMS 115/03, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o crédito tributário no valor **total de R\$ 2.849.077,96** (dois milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, setenta e sete reais e noventa e seis centavos), **sendo de ICMS R\$ 1.899.385,30** (um milhão, oitocentos e noventa e nove mil, trezentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), **e R\$ 949.692,66** (novecentos e quarenta e nove mil, seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos) **de multa por infração**, fundamentada no artigo 82, II, “e”, da Lei n.º 6.379/96, pelos fatos geradores identificados no exercício de 2016.



Demonstrativo em mídia CD juntados pela fiscalização, com arquivos eletrônicos contendo Demonstrativo Analítico e Resumo dos Lançamentos efetuados (fl. 5).

Devidamente cientificada via Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, em 04/01/2021 (fl. 6 e 7), a empresa autuada, por intermédio de seus representantes (MANEIRA ADVOGADOS), apresentou Reclamação tempestiva, em 02/02/2021 (fl. 08 a 31), em que propõe demonstrar a inconsistência do feito fiscal, argumentando:

- (i) nulidade do auto de infração mediante a deficiência de fundamentação (fls. 19 a 22);
- (ii) impossibilidade de se cassar o benefício fiscal da Oi Móvel (incorporadora) em decorrência de atos praticados pela TNL PCS S/A (incorporadora) (fls. 22 a 27);
- (iii) Impossibilidade de revogação do benefício fiscal com a realização de depósito judicial pela TNL PCS S.A., em ação anulatória pendente de julgamento (fls. 28 a 31);

Em preliminar, requer a nulidade do feito fiscal, e no mérito a improcedência integral do ato infracional (fl. 31). Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive, prova pericial, pela juntada posterior de documentos e pela realização de sustentação oral das suas razões de defesa.

Requer que as intimações sobre este feito fiscal sejam enviadas ao advogado, Marcos Correia Piqueira Maia, OAB/ RJ nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), endereço Avenida Rio Branco, nº 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20040-004, marcos@maneira.adv.br (fl. 31).

A impugnante juntou aos autos: Identificação dos advogados, Substabelecimento, Procuração e Atos Constitutivos (fls. 32 a 52), Comprovante de Cientificação – DTe (fl. 54), Cópia do Auto de Infração em análise (fls. 55 e 56), Cópia do Auto de Infração nº 93300008.09.00000901/2015-23 da TNL PCS S/A e demonstrativos respectivos (fls. 58 a 62), Detalhamento do Processo Judicial nº 0875771-07.2019.8.15.2001 (fls. 64 e 65), Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 1 de fevereiro de 2014 (fls. 67 a 69), Consulta Fiscal à SEFAZ do Estado do Rio de Janeiro (fls. 71 a 73), Notas Fiscais (fls. 75 a 155), Documentos referentes ao Processo Judicial nº 0875771-07.2019.8.15.2001 (fls. 157 a 215).

Sem informações de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 216 a 218) e distribuídos a julgadora fiscal, Fernanda Céfora Vieira Braz, que após apreciação e



análise, decidiu pela procedência da autuação, de acordo com a ementa que abaixo transcrevo:

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL. INOBSERVÂNCIA DA NORMA VIGENTE. PERDA DO BENEFÍCIO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

- Peça acusatória dentro dos ditames legais, não evidenciando casos de nulidade, vez que estão perfeitamente identificados a pessoa do infrator e a natureza da infração.

- O benefício fiscal da redução da base de cálculo atribuído às prestações de serviço de comunicação, relacionadas à TV por assinatura, está condicionado, entre outros, ao cumprimento regular da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação tributária vigente.

“In casu”, o descumprimento da condição prevista na norma implicou na perda do benefício no período subsequente em que se verificou o inadimplemento, quando houver o recolhimento ou parcelamento do débito fiscal ficará reabilitada a fruição do referido benefício pelo contribuinte, nos termos dos §§ 22 e 23 do art. 33 do RICMS/PB.

- Assim, confirmada a redução de base de cálculo em desacordo com o RICMS, resta caracterizada a falta de recolhimento do ICMS denunciada nos autos.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Regularmente cientificada via Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, em 03/11/2021 (fl. 234), a empresa autuada, por intermédio de seus representantes (MANEIRA ADVOGADOS), apresentou Recurso Voluntário tempestivo, em 03/12/2021 (fl. 235 a 255), em que traz, em breve síntese, as mesmas razões apresentadas em sua peça impugnatória, na instância *a quo*:

- a) Nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo ao eleger empresa diversa daquela que descumpriu as condições estabelecidas no art. 33, do RICMS;
- b) Nulidade do auto de infração pela deficiente Fundamentação legal, Descrição dos Fatos e Quantificação da exigência;
- c) Impossibilidade de se cassar o benefício da OI MÖVEL S/A. (incorporadora) em decorrência de atos praticados pela TNL PCS S/A (incorporada);
- d) A parte incontroversa do Auto de Infração nº 93300008.09.00000901/2015-23 da TNL PCS S/A, foi depositada integralmente no âmbito da Ação Anulatória nº 0875771-07.2019.8.15.2001, sendo cumprido o art. 33, § 23 do RICMS/PB para o reenquadramento do contribuinte no regime fiscal;



- e) A exclusão da TNL PCS S.A. do regime de redução de base de cálculo do ICMS previsto no art. 33, inciso XI, alínea “b”, do RICMS/PB, está em discussão na ação judicial anulatória supracitada, logo, qualquer exigência fiscal antes do trânsito em julgado da referida ação é inválida;
- f) Requer a procedência do Recurso Voluntário, reconhecendo a nulidade do auto de infração, extinguindo o crédito tributário;
- g) Que as intimações sejam enviadas ao Advogado, MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, OAB/ RJ nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), endereço Avenida Rio Branco, nº 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20040-004, marcos@maneira.adv.br;

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

Considerando o pedido de sustentação oral formulado, remeti os autos à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

Eis o relatório.

VOTO

O objeto do recurso voluntário a ser analisado por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora da Instância Prima, que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado contra a empresa OI MÓVEL S/A, nos autos qualificada.

Importa, inicialmente, declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/13.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante a análise da preliminar arguida pela recorrente, em que solicita a nulidade da autuação por deficiência na indicação do dispositivo legal infringido.

A acusação que paira contra a OI MÓVEL S/A diz respeito à falta de recolhimento do ICMS e que, em decorrência deste fato, foi proposta uma multa por infração com base no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB. Vislumbra-se na peça acusatória que a fiscalização abordou em Nota Explicativa, a motivação da denúncia ora em questão, relatando os fatos e trazendo todos os dispositivos legais apontados como infringidos (art. 33, XI, “b”, §§ 22 e 23, do RICMS/PB, além do Convênio ICMS 115/03), não pairando dúvidas sobre as razões da acusação, sendo bem entendida pelo sujeito passivo, tanto é que combateu todos os



pontos constantes do auto de infração, não havendo nenhum cerceamento ao seu direito de defesa, como se constata nas análises de mérito trazidas pela autuada nas suas peças de impugnação e do recurso voluntário.

Da mesma forma, não vislumbramos erro na eleição do sujeito passivo, visto que à época da ocorrência dos fatos geradores (exercício de 2016) a empresa prestadora dos serviços de telecomunicação era a OI MÓVEL S/A, incorporadora da extinta empresa TNL PCS S.A.

Na responsabilidade tributária decorrente de incorporação, a sociedade incorporadora assume a condição de sucessora universal em direitos e obrigações, incluídas as de natureza fiscal, considerando a extinção da incorporada e a versão de todos os seus bens e direitos à incorporadora.

A incorporação é a “absorção de uma ou várias sociedades (incorporadas) por outra (incorporadora), que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (artigo 227, da Lei 6.404/76, e artigo 1.116, do CC/02), dependendo de sua eficácia da aprovação de todas as sociedades envolvidas, na forma dos respectivos estatutos ou contratos sociais. O patrimônio da sociedade incorporada, cuja personalidade jurídica é extinta, transfere-se integralmente ao da sociedade incorporadora. Esta é a orientação jurisprudencial que se extrai dos excertos abaixo transcritos:

A incorporação de uma empresa por outra extingue a incorporada, nos termos do artigo 227, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas, tornando irregular a representação processual (REsp 394.379/MG, Rel. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª Turma, julgado em 18/09/2003, DJ 19/12/2003).

A incorporação transfere para a sociedade incorporadora todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada, que deixa de existir (artigo 227, caput e § 3º da Lei 6.404, de 15.12.76). (REsp 38.645/MG, Rel. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS, 3ª Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 01/04/1996).

A incorporação é a operação pela qual uma sociedade absorve outra, que desaparece. A sociedade incorporada deixa de operar, **sendo sucedida a direitos e obrigações pela incorporadora. Se a empresa não mais existe, responde por suas obrigações e direitos a empresa incorporadora.** (REsp 645.455/MG, Rel. MINISTRO JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 09/05/2005).

Do exposto acima, entendo que não houve nenhum equívoco na escolha do sujeito passivo da relação tributária descrita na inicial.

Portanto, comungo com o entendimento da instância prima, que demonstra que os requisitos contidos nos incisos do artigo 41 da Lei nº 10.094/13,



foram efetivamente cumpridos quando da lavratura do Auto de Infração em tela. Vejamos:

Lei nº 10.094/13

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

- I - a indicação da repartição preparadora;
- II - a hora, a data e o local da lavratura;
- III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);
- IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;
- V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;
- VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;
- VII - o valor do tributo lançado de ofício;
- VIII - o valor da penalidade aplicável;
- IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;
- X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;
- XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;
- XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;
- XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Assim, evidencia-se estarem presentes todos os requisitos legais previstos na peça acusatória, não havendo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal ou material na autuação, conforme se depreende dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094/2013:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

- I - à identificação do sujeito passivo;
- II - à descrição dos fatos;
- III - à norma legal infringida;



- IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;
V - ao local, à data e à hora da lavratura;
VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Destarte, a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório, que assim o fez, quando da apresentação das suas peças de defesa (impugnação e recurso voluntário) de forma tempestiva.

MÉRITO:

Na análise meritória, o contribuinte foi denunciado pela falta de recolhimento do ICMS sobre prestações de serviço de comunicação, em razão de ter aplicado indevidamente, no exercício de 2016, a redução de base de cálculo do ICMS prevista no art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, conforme Anexo I – contendo em mídia digital, Demonstrativo Analítico e Resumo dos Lançamentos efetuados e a Repercussão do ICMS (CD à fl. 5), em desacordo com as condicionantes estabelecidas nos §§ 20 a 23 do mesmo dispositivo legal e dos Convênios ICMS 57/99, 20/11, 135/13 e 78/15.

Vejamos a norma que concede a redução da carga tributária do ICMS, nas prestações de serviços na modalidade de televisão por assinatura:

RICMS/PB

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.

(Nova redação dada à alínea “b” do inciso XI do “caput” do art. 33 pelo inciso I do art. 1º do Decreto nº 36.358/15 - DOE de 17.11.15 (Convênios ICMS 78/15 e 99/15). OBS: **Efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**)

b) 15% (quinze por cento) (Convênios ICMS 78/15 e 99/15);

A discordância da recorrente se reporta a impossibilidade de se cassar o benefício da empresa OI MÓVEL S/A (incorporadora) estabelecido no art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, em decorrência de atos praticados pela empresa TNL PCS S/A (incorporada), que resultaram na lavratura do auto de infração 93300008.09.00000901/2015-23, em desfavor da empresa TNL PCS S/A (incorporada).



Na nota explicativa, os autuantes afirmam que o contribuinte deixou de cumprir as prerrogativas impostas nos §§ 22 e 23 do art. 33 do RICMS/PB, que trata da regularização do recolhimento dos débitos fiscais remanescentes dos períodos abrangidos no auto de infração 93300008.09.00000901/2015-23, Processo: 0855962015-0, da TNL PCS S/A.

Quanto ao relato da recorrente, de que está discutindo judicialmente a matéria de que trata o auto de infração 93300008.09.00000901/2015-23, Processo: 0855962015-0, TNL PCS S/A, pode-se afirmar que a impetração de ação judicial para discutir mérito de crédito tributário, não impede a Fazenda Estadual de lançar ICMS fundamentado na legislação estadual.

Pois bem. As condições impostas pela legislação tributária para fruição do benefício da redução da base de cálculo, foram implementadas por meio do Decreto nº 32.138/11 e encontram-se delineadas nos §§ 20, 21, 22 e 23, do artigo 33 do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 33.

(...)

§ 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;

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;

Acrescentado o § 21 ao art. 33 pelo art. 4º do Decreto nº 32.138/11 (DOE de 12.05.11).

Efeitos a partir de 01.06.11.

§ 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).



Da interpretação da norma supracitada, 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.

Nesse sentido, a Recorrente aduz que não questiona sua responsabilidade pelo referido débito. Defende apenas a impossibilidade de que a punição estabelecida à TNL PCS S/A lhe impeça de usufruir da sistemática de apuração prevista no art. 33, “XI”, “b” do RICMS.

A responsabilidade em questão é tributária e implica no pagamento do crédito tributário devido por sucessão empresarial. Logo, a perda do benefício que lhe foi imputada decorre do inadimplemento da obrigação tributária principal.

O fato de ter deixado de recolher o ICMS em sua integralidade, como demonstrado, foi decorrente da adoção indevida da base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária do ICMS resulte num percentual total de 15% (quinze por cento), implicando, portanto, numa redução a maior da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, com recolhimento do imposto em valores inferiores ao devido, conforme demonstrado pela fiscalização em demonstrativos gravados em arquivo eletrônico (CD), anexo à fl. 5.

Portanto, não resta dúvida de que a recorrente incorreu em violação ao comando normativo que regula a matéria do benefício fiscal, vindo a recolher a menor o ICMS devido nos períodos denunciados, situação que inquina a pretensão da recorrente, pois, 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 (artigo 33, §§ 20 a 23, do RICMS/PB), em consonância, ainda, com a disposição contida no art. 5º c/c art. 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)

Assim, constatada a falta de recolhimento do imposto, sujeita-se o contribuinte à penalidade prevista no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.376/96, abaixo transcrito:



Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Neste sentido, comungo com a decisão firmada pela julgadora singular pela exigibilidade da denúncia, diante da inobservância à legislação de regência para fruição do benefício fiscal que importa em redução da base de cálculo do ICMS de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB. Entendimento este que acompanha recente decisão desta Corte em caso similar, por meio do Acórdão nº 093/2017, de relatoria do nobre Conselheiro João Lincoln Diniz Borges, que a seguir reproduzo:

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.

Com essas considerações e sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância, ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade por considerar que está em consonância com a legislação tributária em vigor.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a decisão singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002421/2020-64, lavrado em 30 de dezembro de 2020 (*fl. 3 e 4*) em desfavor da autuada **OI MÓVEL S/A**



(EM RECUPERRAÇÃO JUDICIAL), Inscrição Estadual: 16.211.981-0 (BAIXADA), condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor total de **R\$ 2.849.077,96** (dois milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, setenta e sete reais e noventa e seis centavos), **sendo de ICMS R\$ 1.899.385,30** (um milhão, oitocentos e noventa e nove mil, trezentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), por infringência ao artigo 106 c/c o art. 33, inciso XI, alínea “b”, §§ 20, 21, 22 e 23, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 949.692,66** (novecentos e quarenta e nove mil, seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos), **de multa por infração**, com fundamento legal no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar que, além do contribuinte, que está com a I.E. BAIXADA, também devem ser remetidas aos representantes da empresa, em nome do Advogado, MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, OAB/RJ nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), endereço Avenida Rio Branco, nº 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20040-004, marcos@maneira.adv.br e intimacoes@maneira.adv.br, (procuração fl. 35), conforme solicitado na peça recursal (fl. 255).

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 12 de setembro de 2023.

Heitor Collett
Conselheiro Relator