



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

Processo nº 162.376.2015-0

Recursos HIE/VOL/CRF Nº 428/2016

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ª Recorrida: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A

2ª Recorrente: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: MARIA JOSÉ L. DA SILVA / FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

RECOLHIMENTO A MENOR DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA INDEVIDAMENTE. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXCLUSÃO DA MULTA RECIDIVA APLICADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Redução da base de cálculo atribuída ao do ICMS nas prestações de serviço de comunicação, para aplicação do percentual de 2 % destinado ao FUNCEP, sem amparo legal, enseja a cobrança da diferença não recolhida, acompanhada da penalidade prevista na legislação vigente.

Exclusão da multa recidiva, haja vista que no período indicado no auto infracional, o sujeito passivo era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada, para os efeitos da legislação de regência.

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 hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002145/2015-77, lavrado em 25/11/2015, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 4.144.660,54 (quatro milhões, cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04, e 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos) de multa por infração nos termos dos artigo 8º, da Lei nº 9.414/11.

Ao mesmo tempo, cancelo por indevido a penalidade por reincidência no valor de R\$ 1.036.165,21 (um milhão, trinta e seis mil, cento e sessenta e cinco reais e vinte e um centavos).

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 06 de março de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

Assessora Jurídica

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002145/2015-77, lavrado em 25/11/2015, (fl. 3), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA:

A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE JANEIRO/2012 A DEZEMBRO/2014, FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 2.072.330,27 (DOIS MILHÕES, SETENTA E DOIS MIL, TREZENTOS E TRINTA REAIS E VINTE E SETE CENTAVOS) POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS E CALCULADO O FUNCEP SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS REDUZIDA DESPROVIDA DE AMPARO LEGAL, VIOLANDO ASSIM O ART. 2º, INC. I, ALÍNEA G, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C O ART. 2º, INCISO VII, DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP).

As representantes fazendárias constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 5.180.825,75 (cinco milhões, cento e oitenta mil, oitocentos e vinte e cinco reais e setenta e cinco centavos), sendo R\$ 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, e R\$ 1.036.165,21 (um milhão, trinta e seis mil, cento e sessenta e cinco reais e vinte e um centavos) de multa por reincidência.

Foram juntados aos autos os seguintes documentos instrutórios:

- a) Planilha Resumo do Crédito Tributário (fls. 07);
- b) Demonstrativos das prestações de serviços de comunicação cuja base de cálculo do FUNCEP foi reduzida sem amparo legal (fls. 08 a 13);
- c) CD contendo as notas fiscais informadas nos arquivos do Convênio ICMS nº 115/2003, objeto da autuação (fls. 14);
- d) Termo de Antecedentes Fiscais (fls. 15);
- e) Memorial Descritivo de Acusação Fiscal (fls. 16 e 17);
- f) Cópia do Acórdão nº 027/20158 do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 18 e 19);
- g) Cópia do Parecer nº 2012-01-05-00245 emitido em resposta à Consulta Fiscal formulada pela TNL PCS S/A à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba (fls. 20 a 23);

Cientificada a acusada por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR, fls. 26, recepcionado em 21 de dezembro de 2015, a mesma ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 18 de janeiro de 2016, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 28 a 36, por meio de seus representantes legais (instrumentos procuratórios e de substabelecimentos às fls. 39 a 49), em que solicita o cancelamento da autuação, trazendo, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- que a base de cálculo para fins tributários foi reduzida e corresponderia a 35,71% do preço dos serviços, por força do art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, aplicando-se a alíquota de 30%, sendo 28%

(vinte e oito por cento) do ICMS e 2% (dois por cento) do FUNCEP;

- que não haveria previsão, na legislação, de base de cálculo autônoma para o FUNCEP, pois se assim fosse, estaria o Fisco a exigir um novo imposto, e não um mero adicional;
- a multa recidiva não encontra respaldo na legislação regulamentar do FUNCEP;

Seguindo os trâmites procedimentais, e verificada a presença de antecedentes fiscais, fl. 133, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que, após análise, decidiu pela *procedência parcial* do feito acusatório, fls. 136 a 149, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 4.144.660,54, sendo R\$ 2.072.330,27, de ICMS, e R\$ 2.072.330,27, de multa por infração, e proferindo a seguinte ementa:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP) - FALTA DE RECOLHIMENTO – DENÚNCIA COMPROVADA – REINCIDÊNCIA – INEXISTÊNCIA

- *O benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de comunicação de que trata o artigo 33, XI, “b”, do RICMS/PB não se aplica ao FUNCEP, o qual deve ser apurado tomando, como base de cálculo, o preço do serviço.*
- *Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, em observância ao disposto no artigo 111 do CTN.*
- *Afastada a possibilidade de aplicação de multa por reincidência, uma vez que a decisão definitiva em processo anterior acerca da mesma matéria ocorrera em momento posterior às datas dos fatos geradores descritos no Auto de Infração em tela.*

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Notificada da decisão singular, em 20/10/2016, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 153, a empresa autuada ingressou com Recurso Voluntário, fls. 155 a 163, protocolado em 17/11/2016, fl. 154, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- discorda da decisão *a quo*, sustentando a tese de que a receita do FUNCEP decorre de simples incremento na alíquota de um tributo pré-existente, sendo parte de um todo, porém com destinação específica predeterminada, em exceção à regra geral da desvinculação da receita dos impostos, não sendo possível falar em naturezas jurídicas distintas do ICMS e do FUNCEP;
- para a apuração da base de cálculo do imposto que incide os serviços de comunicação, deve-se observar a Clausula Primeira do Convênio nº 57/99, compreendida no art. 33, XI, do RICMS/PB, que a base de cálculo para, fins tributários, deve corresponder a 33,71% do preço de serviço;
- repetindo as argumentos trazidos na fase de impugnação, alega que não há previsão legal da base de cálculo do ICMS e do FUNCEP serem distintas;
- a hipótese de incidência do FUNCEP é a mesma do ICMS, não existindo autonomia deste em relação àquele;

- e. apurar o FUNCEP sobre base de cálculo distinta do ICMS, estaria o FISCO exigindo novo imposto, sem amparo legal;
- f. ao final, requer a procedência do recurso voluntário e reforma da decisão de primeira instância, desconstituindo o crédito tributário exigido, bem como reafirma o pedido pelo deferimento de prova pericial contábil, nos termos do art. 63, da Lei nº 10.094/13.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002145/2015-77, lavrado em 25/11/2015, fl. 3, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, devidamente qualificada nos autos.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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.

Assim, 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.

Em relação ao pedido de perícia, a legislação tributária deste Estado, no âmbito da justiça administrativa, não prevê a produção de prova pericial. Admitindo-se como que o pedido seja de diligência fiscal, entendo ser esta desnecessária frente aos elementos carreados aos autos, que são suficientes para elucidação da presente contenda e para formação do convencimento deste relator, mormente o fato de se tratar de matéria de direito. Portanto, comungando com o entendimento do juíz “a quo”, indefiro o pedido de perícia pretendida pela recorrente, nos termos do art. 59, da Lei nº 10.094/13.

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos períodos de janeiro/2012 a dezembro/2014.

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, infracitado:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, com o objetivo de viabilizar, a todos os paraibanos, acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados, exclusivamente, em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, conforme disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.611/04, elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas a incidência do percentual de 2 % sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, in verbis:

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

(...)

g) serviços de comunicação;

(...)

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2 % na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o preço do serviço, tratando-se do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infracitado:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, **o preço do serviço**; (*grifo nosso*)

A discussão da 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, 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.

O Convênio ICMS nº 57/99, autorizou a redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de televisão por assinatura, o que não pode ser extensivo a outros tributos, pois os

benefícios fiscais trazidos por convênios nacionais é uma prerrogativa apenas para o ICMS, estabelecida pelo artigo 155, § 2º, XII, “g”, da atual Carta Magna, que indica a forma como tal benefício pode ser concedido pelos Estados, que deve ser determinado por Lei Complementar.

A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, determina que, dentre outros benefícios fiscais, a redução de base de cálculo do ICMS deve ser concedido nos termos de Convênio Nacional, não se referindo em nenhum momento ao FUNCEP.

Seguem abaixo os dispositivos normativos citados:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I – (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...);

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Assim, diante do contexto acima, e verificando que a Lei nº 7.611/04, bem como o Decreto nº 25.618/04, que a regulamenta, não prevê qualquer redução na base de cálculo do FUNCEP, corroboro o entendimento trazido pelas auditoras autuantes, e ratificado pela instância “a quo”, que o FUNCEP não se confunde com o ICMS, cujo benefício fiscal atribuído às prestações de serviço de televisão por assinatura foi regido pelo Convênio ICMS 57/99, acima comentado, cuja norma foi incluída no art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB.

Aliado a este entendimento, está o Parecer nº 2012.01.05.00245, da Gerencia Executiva de Tributação deste Estado, em resposta à Consulta nº 0721382012-5, sobre matéria correlata, juntada aos autos às fls. 20 a 22, cuja ementa abaixo transcrevo:

Consulta Fiscal. Acréscimo Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB. Não aproveitamento de benefícios fiscais relativos ao ICMS. Natureza Jurídica Distinta do Imposto Estadual.

Destarte, agiram corretamente as auditoras, na ação fiscal ora em comento, lançando de ofício o FUNCEP devido, deduzindo os valores já recolhidos com as bases de cálculo equivocadamente reduzidas, em conformidade com os quadros demonstrativos juntados às fls. 7 a 13, acatado pela instância preliminar.

Ressalto que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca da matéria, conforme edição do Acórdão nº 361/2013, publicado no DOE em 22/11/2013, de relatoria da Cons.^a Maria das Graças de Oliveira Lima, que abaixo transcrevo:

RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNCEP. NÃO APROVEITAMENTO DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ERRONEAMENTE CONSIDERADOS COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

- Preliminares de nulidade do lançamento de ofício não acolhidas, visto que o mesmo preenche os requisitos mínimos à constituição válida do processo: presença de elementos suficientes à perfeita identificação da natureza de infração e da pessoa do infrator, além da lavratura por autoridade fiscal competente.

- Não se estende ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações do serviço de comunicação mediante televisão por assinatura, em face de expressa previsão legal nesse sentido. Razão por que, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação.

- A falta de recolhimento do adicional do FUNCEP sobre o valor do ICMS incidente sobre serviços

que, não obstante se inserirem na categoria de serviços de comunicações, consoante o previsto na legislação de regência, foram erroneamente considerados pelo contribuinte como isentos ou não tributados, legitima a exigência do tributo.

- Ajustes promoveram a exclusão dos valores referentes à penalidade em virtude da falta de previsão legal ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.

Quanto à aplicação da multa por reincidência, prevista no art. 87 da Lei nº 6.379/96^[1], esta foi decorrente da informação de que o sujeito passivo possuía antecedentes fiscais. Contudo, para que seja considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso que a infração, ora em questão, tenha sido ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do período de cinco anos contados do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, no artigo 39 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.

Pois bem. A fiscalização tomou por base o Processo nº 0848392012-3, citado no Termo de Antecedentes Fiscais às fls. 15 e 133, em que consta a data da ciência de julgamento em 9/5/2013. Perquirindo o histórico deste processo, juntado às fls. 210 a 211 a pedido desta relatoria, verifico que a mencionada data é da decisão da instância monocrática, e não da decisão definitiva proferida por este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, realizada em 23/2/2015, cuja ciência pelo contribuinte ocorreu em 24/3/2015.

Com efeito, os fatos geradores que repercutiram na infração em epígrafe ocorreram em datas anteriores à decisão definitiva do Processo nº 0848392012-3, a partir da qual para novas infrações surgidas ao mesmo dispositivo legal se aplicaria a multa por reincidência.

É de bom alvitre destacar, conforme exegese do texto normativo supra, que a circunstância delineadora da reincidência não é a nova autuação, mas, sim, o cometimento da ilicitude posterior ao evento que conferiu a certeza da sua prática, configurando-se, pois, a condição de primário em relação ao Auto de Infração em tela.

Portanto, corroborando a decisão monocrática, há a necessidade de exclusão da majoração da multa aplicada por reincidência, tendo em vista que esta não se caracterizou, uma vez que a decisão definitiva do processo antecedente efetivou-se em momento posterior às datas dos fatos geradores descritos na exordial, de forma que mantenho *in totum* a decisão *a quo*.

Por todo exposto,

VOTO - pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002145/2015-77, lavrado em 25/11/2015, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 4.144.660,54 (quatro milhões, cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e sessenta reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04, e 2.072.330,27 (dois milhões, setenta e dois mil, trezentos e trinta reais e vinte e sete centavos) de multa por infração nos termos dos artigo 8º, da Lei nº 9.414/11.

Ao mesmo tempo, cancelo por indevido a penalidade por reincidência no valor de R\$ 1.036.165,21 (um milhão, trinta e seis mil, cento e sessenta e cinco reais e vinte e um centavos).

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 6 de março de 2017.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator