Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 134.106.2015-0
Recursos HIE/VOL/CRF n.º 008/2016
1ªRECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
1ªRECORRIDA:TNL PCS S/A
2ªRECORRENTE:TNL PCS S/A
2ªRECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
PREPARADORA:SUBG. DA REC. DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA 1ª REGIÃO.
AUTUANTE:JOÃO ELIAS COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA
RELATORA:CONS.ª MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA

ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. SERVIÇOS ERRONEAMENTE CLASSIFICADOS PELO CONTRIBUINTE COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. PRELIMINAR. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. ILICITUDE CARACTERIZADA. ICMS. AJUSTES. AFASTADA EM PARTE A APLICAÇÃO DA MULTA RECIDIVA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODIFICADA DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Indeferida a preliminar de vício de nulidade do auto infracional, uma vez que presentes no lançamento de ofício os requisitos de validade formal, previstos na legislação de regência.
- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem ao recolhimento do ICMS. Ilação à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, onde se lê que “se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.
- As receitas de natureza financeira decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais, por não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS.
- Afastado, em parte, o montante de multa recidiva, com o justo objetivo de adequar-se ao estabelecido no artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

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 da relatora, pelo recebimento dos recursos *hierárquico,* por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001701/2015-98 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.132.064-3, devidamente qualificado nos autos, e declarar como devido o ICMS no valor de R$2.660.546,94 (dois milhões, seiscentos e sessenta mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos), por infração aos artigos 13, III, 3º, III, art. 11, V, e art. 12, VII, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no montante de R$1.995.410,21 (hum milhão, novecentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dez reais e vinte e um centavos), nos termos do art. 82, IV da Lei nº 6.379/96, e R$ 886.024,82 (oitocentos e oitenta e seis mil, vinte e quatro reais e oitenta e dois centavos) de multa recidiva nos termos do art. 87 da Lei n 6.379/96, perfazendo o crédito tributário total de **R$** 5.541.981,97 (cinco milhões, quinhentos e quarenta e um mil novecentos e oitenta e um reais e noventa e sete centavos).

Ao tempo em que *cancelo,* por indevido, o montante de R$ 571.118,49 (quinhentos e setenta e um mil, cento e dezoito reais e quarenta e nove centavos), sendo R$ 26.530,14 (vinte e seis mil quinhentos e trinta reais e catorze centavos) de ICMS e R$ 19.897,60 (dezenove mil, oitocentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) de multa por infração, e R$ 524.690,71 (quinhentos e vinte e quatro mil, seiscentos e noventa reais e setenta e um centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos.

Faço observar, por oportuno, que foi realizado um pagamento correspondente a este processo, no importe de R$ 123.716,39, cuja comprovação se encontra anexa ao processo, às fls. 202.

Intimações necessárias, na forma regulamentar, e que, além do contribuinte, sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB nº 11.689, no seguinte endereço: Avenida Engenheiro Clodoaldo Gouveia, nº 87, Centro, João Pessoa/PB – C.E.P.: 58.013-370.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, GILVIA DANTAS MACEDO, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, DOMÊNICA

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

COUTINHO DE SOUZA FURTADO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário interpostos perante este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, com fundamento nos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001701/2015-98 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, segundo o qual a autuada é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - O contribuinte acima qualificado deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS ou NÃO TRIBUTADAS.

NOTA EXPLICATIVA:

O CONTRIBUINTE ACIMA IDENTIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. A APURAÇÃO FOI REALIZADA ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA, QUE SERVIRAM DE BASE PARA CONFECÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS QUE SEGUEM EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A INTEGRAR O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Por considerarem infringido o art. 13, III c/c o art. 3º, III; art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, as autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 2.687.077,08 (dois milhões, seiscentos e oitenta e sete mil, setenta e sete reais e oito centavos), ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária na importância de R$ 2.015.307,85 (dois milhões, quinze mil, trezentos e sete reais e oitenta e cinco centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96 e R$ 1.410.715,52 (um milhão, quatrocentos e dez mil, setecentos e quinze reais e cinquenta e dois centavos) de multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96, perfazendo essas quantias o crédito tributário no montante de R$ 6.113.100,45 (seis milhões, cento e treze mil, cem reais e quarenta e cinco centavos).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Além da peça acusatória, foram incluídos pelos Auditores Fiscais, nos autos, os seguintes documentos:

a) CD-R contendo o ANEXO I – DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DAS PRESTAÇÕES SUJEITAS AO ICMS NÃO APRESENTADAS À TRIBUTAÇÃO – EXERCÍCIOS: 2011 A 2014 (fls. 07);

b) Termo de Integridade de Arquivos Eletrônicos referente à mídia de que trata o item anterior.

Depois de cientificada pessoalmente em 1º de outubro de 2015, nos termos do artigo 46, I, da Lei nº 10.094/13, a autuada, por intermédio de advogada devidamente habilitada para representá-la (fls. 37 a 39), ingressou com Impugnação tempestiva ao lançamento tributário consignado no Auto de Infração em tela (fls. 18 *usque* 34), protocolada em 29 de outubro de 2015, contrapondo-se às acusações e afirmando:

a) Preliminarmente, que a Impugnação foi protocolada tempestivamente, tendo em vista que o prazo fatal para sua interposição era o dia 30 de outubro de 2015. Ainda em sede de preliminar, a necessidade de reunião deste Auto de Infração com o de nº 93300008.09.00001704/2015-21, por exigirem, ambos, obrigações principais oriundas dos mesmos fatos geradores. O primeiro, reclamando o ICMS sob a alíquota de 28% (vinte e oito por cento) e o segundo, 2% (dois por cento) referente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP. O nexo causal exige solução harmônica, a ser dada por um único julgado;

b) Que não é devido o ICMS sobre serviços que são isentos por força do Convênio ICMS nº 26/03, introduzido na legislação do Estado da Paraíba por meio do Decreto nº 24.755/03, com efeitos até 09/09/14;

c) Que não há incidência de ICMS sobre operações de aluguel de equipamento, que sequer são serviços, conforme entendimento do STF e do Eg. CRF/PB;

d) Que as atividades-meio e os serviços complementares são atividades preparatórias e serviços extras oferecidos ao usuário, os quais não se confundem com o serviço de comunicação;

e) Que as receitas financeiras decorrentes do descumprimento de obrigação contratual por parte do usuário do serviço de telecomunicação não ensejam a tributação do ICMS-Comunicação, pois não configuram o pagamento pelo serviço de telecomunicação em si;

f) Que a multa aplicada no montante de 75% (setenta e cinco por cento) deve ser cancelada, por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória; e

g) Que a multa recidiva não deve ser imposta, tendo em vista que a Autoridade Fiscal não indicou o fundamento legal da penalidade proposta e, muito menos, os supostos autos anteriores que levariam à reincidência.

Quanto ao mérito, fundamenta os pedidos acima com fulcro nos argumentos que se seguem, para os quais, por questões de sistematização, optamos por manter a mesma numeração contida na Impugnação.

3.1.1. Da intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias (fls.20 a 23).

Ab initio, a Impugnante destaca que os serviços por ela prestados a órgãos da Administração Pública Direta, a Fundações e a Autarquias da Administração Pública Estadual, prestados entre 1º

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

de janeiro de 2011 e 31 de janeiro de 2014, não se sujeitam à incidência do ICMS, por se encontrarem ao abrigo da isenção, nos termos do Convênio ICMS nº 26/03 e do Decreto nº 24.755/03.

Assevera que, mesmo havendo a isenção, a Fiscalização Estadual autuou a Impugnante por valores percebidos pelos serviços prestados aos órgãos mantidos pelo Poder Público Estadual, a exemplo dos casos de prestações de serviço de comunicação destinados à Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, à Secretaria do Trabalho e Ação Social e à Agência Estadual de Vigilância Sanitária (fls. 21).

Afirma, ainda, que o propósito do benefício é desonerar fiscalmente os serviços prestados em favor dos órgãos da Administração Pública e que esta finalidade foi plenamente atendida, uma vez que não foi repassado nenhum ônus fiscal aos órgãos da Administração Pública do Estado da Paraíba beneficiados pela isenção.

Como prova, apresenta cópias de NFST emitidas para a Assembleia Legislativa e para o Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. (fls. 73 a 76) e a “Planilha de Formação de Preços” da proposta de contratação de serviços de telefonia firmada com o Estado da Paraíba (fls. 105 - verso a 107).

Destaca que, “*estando a finalidade da norma atendida, eventual inobservância de formalidades configuraria mero descumprimento de requisito formal, que não pode inviabilizar o direito material à isenção, uma vez que o desconto exigido em razão da isenção concedida está sendo efetivamente realizado.*” (fls. 23)

3.1.2.1. Da não incidência de ICMS sobre as receitas de locação (fls.23 a 27).

A defesa sustenta que a atividade denominada “TC CPE SOLUTION-ALUGUEL” não está sujeita à incidência do ICMS. Segundo alega, o uso de tais componentes não configura a prestação de serviços, estando caracterizado como locação de bens móveis.

Como forma de demonstrar a assertiva, discorre acerca das aplicações e dos objetivos do produto “CPE SOLUTION” e afirma que, “*ainda que a Impugnante preste os serviços de comunicação juntamente com o CPE, este último não é tributável pelo ICMS, como não seria se fosse prestado pelas empresas de TI que o ofertam no mercado.*” (fls. 24)

Apresenta, ainda, cópia do um contrato de “CPE SOLUTION” por ela celebrado (fls. 113 a 118) e algumas decisões administrativas e judiciais afetas ao tema.

Conclui requerendo a extinção das parcelas relativas a locações de bens móveis do Auto de Infração, uma vez que a natureza jurídica destas atividades não autorizaria o Fisco a impor-lhe este ônus.

3.1.2.2 Da intributabilidade das Atividades-meio, receitas financeiras e serviços complementares (fls.27 a 29).

No caso das atividades conexas ao serviço de comunicação, como o “acesso compartilhado” e a “consulta fácil”, a defesa sustenta que estes tipos de serviço não podem ser enquadrados como comunicação propriamente dita.

Em se tratando de serviços, mas não de comunicação, a Impugnante os sujeita ao ISS.

A exigência do Fisco sobre as receitas decorrentes de atividades-meio lançadas sobre a rubrica “TC CPE SOLUCION INS. MED. PORTE” é improcedente, pois não compõem a base de cálculo do

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

imposto. Neste caso, houve uma tentativa de alargar a base de cálculo do ICMS - Comunicação para incluir outros serviços que não configuram prestações onerosas de comunicação.

Além disso, o Fisco está a exigir o ICMS – Comunicação sobre receitas financeiras decorrentes do descumprimento de obrigação contratual por parte do usuário do serviço de telecomunicação. As receitas de “Multa Oi Office Blackberry BIS” não são fatos geradores de ICMS, e sim receitas de ordem financeira.

3.2. SUCESSIVAMENTE: da impossibilidade da aplicação da multa de 75% do imposto não recolhido (fls. 29 a 32).

Na interpretação da defesa, a multa aplicada pela fiscalização correspondente ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento) deve ser cancelada, em virtude de sua inaplicabilidade ao caso em tela.

Para a Reclamante, a penalidade proposta (artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96) deve ser aplicada para casos de inadimplemento de obrigação acessória. Considerando que a acusação imposta na inicial diz respeito ao descumprimento de obrigação tributária principal (falta de recolhimento do ICMS), restaria descabida a imputação da multa lançada no Auto de Infração.

3.3. Da nulidade do Auto de Infração no que tange a aplicação da multa por reincidência no montante de 70% (fls. 32 e 33).

Por infringência ao art. 142 do CTN e ao art. 41, VIII, da Lei nº 10.094/13, deve o Auto de Infração ser declarado nulo. Na peça acusatória, não há indicação do fundamento legal capaz de justificar a incidência da multa recidiva no percentual de 70% (setenta por cento), prejudicando o exercício do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

A inobservância de todos os requisitos e exigências para a lavratura do auto, em especial a indicação da penalidade cabível, traz, como consequência, a decretação de sua nulidade.

A ausência da indicação de quais as infrações anteriores foram consideradas para o cálculo da reincidência não só inviabiliza a aplicação da multa, como contamina o ato jurídico-administrativo, levando à nulidade do Auto de Infração.

Finaliza requerendo:

a) A procedência da sua impugnação para declarar nulo o Auto de Infração em exame ou, sucessivamente, a sua insubsistência, com extinção do crédito tributário nele consubstanciado e arquivamento do processo fiscal;

b) Na hipótese de não ser acolhido o primeiro pedido, o cancelamento das multas aplicadas.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a diligência fiscal que requer e declara a autenticidade das cópias anexadas.

Requer, ainda, sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB nº 11.689, no seguinte endereço: Avenida Engenheiro Clodoaldo Gouveia, nº 87, Centro, João Pessoa/PB – C.E.P.: 58.013-370.

Ao final, solicita seja alterada a denominação da TNL PCS S/A para OI MÓVEL S/A.

Declarados conclusos os autos (fls. 120), foram os mesmos remetidos a Gerência Executiva de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Julgamento de Processos Fiscais, ocasião em que o julgador singular - Sidney Watson Fagundes da Silva - tem como certa a denúncia, afastando o valor relativo ao montante de ICMS de R$ 26.530,14, justificando que as receitas de natureza financeira decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais, por não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS. Afasta, também, a exigência correspondente à multa por infração R$ 19.897,60, bem como a multa recidiva do mesmo período, no importe de R$ 13.928,32.

Após a decisão singular, o crédito tributário restou constituído no montante de R$ 6.052.744,39 (seis milhões e cinquenta e dois, setecentos e quarenta e quatro reais e trinta e ove centavos), sendo R$ 2.660.546,94 (dois milhões seiscentos e sessenta mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos) de ICMS, R$ 1.995.410,25 (um milhão, novecentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dez reais e vinte e cinco centavos) a título de multa, com fulcro no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96 e R$ 1.396.787,20 (um milhão, trezentos e noventa e seis mil, setecentos e oitenta e sete reais e vinte centavos) de multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Interposto o recurso hierárquico e cientificada da decisão monocrática em 24/11/2015 (fl. 176), a autuada apresentou defesa tempestiva (fls. 179/200), apresentando as mesmas arguições trazidas por ocasião da defesa perante a instância prima, embora com mais ênfase. Concorda, assim, com o julgamento improcedente realizado pela instância prima, divergindo, entretanto, da decisão no que tange à incidência do ICMS Telecomunicações. Em seguida, renova o pedido de diligência fiscal, prevista no art. 61 da Lei 10.094/13, sumariamente negada pelo julgador singular, bem como requer a baixa do débito no valor de R$123.716,39, por já ter sido realizado o respectivo pagamento, caso em que anexa o documento de comprovação respectivo às fls. 202.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

A presente querela decorreu da constatação da infração de falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual, porém indicados, pelo sujeito passivo, como sendo isentos ou não tributados.

De acordo com a nota explicativa, presente no auto de infração, a irregularidade teria se configurado durante os meses de janeiro de 2011 a janeiro de 2014, mediante os seguintes fatos:

O CONTRIBUINTE ACIMA IDENTIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. A APURAÇÃO FOI REALIZADA ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA, QUE SERVIRAM DE BASE PARA CONFECÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS QUE SEGUEM EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A INTEGRAR O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Inicialmente, cumpre observar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, assim, via de consequência, impõe-se o recebimento da respectiva peça.

PRELIMINAR

Passo, pois, à análise da preliminar suscitada na peça recursal.

PRELIMINAR DE MÉRITO - AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO SOFRIDO.

Analisando a preliminar de mérito, cabe-nos destacar que o pedido para o julgamento em conjunto deste Auto de Infração com o de nº 93300008.09.00001704/2015-21, embora vise evitar decisões conflitantes e garantir a uniformidade do julgamento de todos os casos, de fato não tem previsão em nossa legislação.

Não obstante essa ausência de previsão legal, ainda assim, achamos por bem decidir a questão dos autos na mesma ocasião, cujo objetivo foi dar celeridade aos julgados desta casa, daí porque não há razão para questionamentos da defendente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA – DESNECESSIDADE – NÃO ACATAMENTO.

Em relação ao pedido de diligência fiscal, cujo objetivo seria analisar as notas fiscais emitidas em razão de serviços prestados para clientes isentos para verificar se, no valor cobrado por meio destas, está computado ou não o ICMS, esclareço que impossível socorrer-se a defendente. Vejamos o porquê:

É sabido que a legislação tributária privilegia o contribuinte com a oportunidade de ver revistos os seus lançamentos contábeis. Contudo, a bem da verdade, é preciso que tal solicitação venha embasada em razões convincentes, e suficientes, por isso mesmo, de fazer merecer o retorno do Processo para a realização de diligência. No caso dos autos, havemos e convir que as provas da infração constam do processo, e são suficiente, pois, à formação de um convencimento. Por conta disso, e com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13[1], indefiro o pedido de realização de diligência feito pela defendente, dada a desnecessidade de elucidação da matéria questionada.

DA ISENÇÃO DO ICMS DE QUE TRATA O DECRETO Nº 24.755/03 - AFASTADA HIPÓTESE DE ISENÇÃO - CORRETA DECISÃO SINGULAR.

A autuada, em sua defesa[2], alega que as operações objeto dos autos, em sua maioria, encontrar-se-iam abrigadas pela isenção de que tratam o Convênio ICMS nº 26/03 e o Decreto nº 24.755/03, razão pela qual não houve falta de recolhimento o ICMS, *verbis*:

Convênio ICMS nº 26/03

Cláusula primeira *Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.*

§ 1º A isenção de que trata o "caput" fica condicionada:

I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III - à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior.

(...)

Decreto nº 24.755/03

Art. 1º Fica concedido isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

§ 1º A isenção de que trata o "caput" fica condicionada:

I – ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II – à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

De fato, da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, observa-se que o Decreto nº 24.755/03, o qual introduziu o Convênio ICMS nº 26/03 no ordenamento jurídico do Estado da Paraíba, em seu artigo 1º, concede isenção de ICMS nas operações ou prestações internas que tenham, como destinatários, órgãos da Administração Pública Estadual, suas Fundações e Autarquias.

Entretanto, conforme se constata do § 1º do art. 1º do diploma legal supracitado, tal isenção condiciona a fruição do benefício ao cumprimento de dois requisitos: **a**) desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; **b**) indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto.

Tendo em vista que, conforme se constata do caderno processual*,* as notas fiscais não foram preenchidas em conformidade com o que estatui o Decreto nº 24.755/03, porquanto não existe, nestes documentos fiscais, indicação da dedução do preço da prestação do serviço em virtude do benefício da isenção, entendo que não há como absolver a autuada, notadamente porque as condições suficientes e necessárias para fruição do benefício não foram atendidas.

De fato, as isenções condicionais assumem caráter contratual, não podendo o contribuinte se valer daquele beneficio se não ficar satisfeita a condição, de nada valendo a apelação da recorrente de que é bastante a verificação o nome do destinatário, e de que a finalidade da referida isenção teria sido plenamente atendida, baseado no fato e a empresa não ter repassado ônus fiscal algum em desfavor dos órgãos da administração.

A propósito, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, quando do julgamento de recursos contra decisões de 1ª Instância relativamente a Autos de Infração nos quais figura, como sujeito passivo, a Telemar Norte Leste S/A. e a TNL PCS S/A., respectivamente (*vide* ementa do Acórdão n º 113/2014), cuja decisão dirige-se no sentido de manter a autuação.

Acórdão nº 113/2014

RECURSO HIERÁRQUIVO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. ACATAMENTO DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. ARGUMENTOS INCONSISTENTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

- O prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, ou seja, será de cinco anos a contar da data do fato gerador. Impende-se ao caso em análise que seja decretada a extinção da obrigação tributária que abrange os meses de janeiro a junho de 2007.

- A auditoria realizada nos arquivos fornecidos pela empresa e em seus livros fiscais detectou valores deixados à margem da tributação referentes à prestação de serviços de comunicação. Argumentos inconsistentes de serem esses valores isentos ou não tributados não servem para desconstituir a ação fiscal.

-Perde-se o benefício da isenção quando o contribuinte descumpre obrigação acessória prevista na norma isentiva como condição sine qua non para a fruição do mesmo. (art. 1°, § 1°, incisos I e II do Decreto n°24.755/2003).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- A existência de prestação de serviços de comunicação associada à utilização de equipamento de natureza essencial é o que determina a incidência do imposto estadual.

- No serviço de auxílio à lista (serviço 102) o usuário utiliza-se dos meios de comunicação disponíveis pela operadora para conseguir a informação desejada, logo é considerada uma facilidade adicional e/ou serviço suplementar que otimiza ou agiliza o processo de comunicação, e, por força do disposto no Convênio 69/98 deve ser tributado.

- Aplicação de penalidade menos gravosa nos moldes da Lei n° 10.008/2013 fez sucumbir parte do crédito tributário. (grifo nosso)

A bem de ver, a questão foi muito bem enfrentada pela instância prima, quando detectou que "*perscrutando a NF nº 5094, visualizamos a indicação de um desconto no valor de R$ 2.818,09 (dois mil, oitocentos e dezoito reais e nove centavos), porém este abatimento não possui relação alguma com a parcela do ICMS não considerada pela Autuada, pois representa um percentual muito aquém dos 30% (trinta por cento) correspondentes ao ICMS + FUNCEP incidentes sobre o total da prestação de serviço descritas na nota fiscal em análise.*

Em verdade, os valores referentes ao desconto correspondem ao somatório das seguintes rubricas: ***Desconto Especial 50% - Assinatura Oi Empresa Controle****;* ***Desconto Especial 15% - Assinatura Oi Empresa Controle*** *e* ***Desconto Especial 5% - Assinatura Oi Empresa Controle*****[3]***, nada tendo de relação com o abatimento do preço em virtude da isenção do ICMS.".*

Tendo em vista que não ficou comprovado que os descontos indicados nas notas fiscais têm relação com a isenção a que faz menção a recorrente, entendo não há como lhe dar razão, pelo que mantenho a decisão singular, dado que realizada sob a melhor ótica de direito.

No que tange a algumas operações, convém observar que a autuada reconhece que houve equivoco, porquanto teria indicado como isentas operações relativas a destinatários que não eram de fato órgãos públicos, razão pela qual precede ao recolhimento o imposto devido, no importe de R$ 123.716,39, conforme se constata às fls. 202.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO FATURADOS A TÍTULO DE RECEITAS DE LOCAÇÃO - CABIMENTO - MANTIDA DECISÃO.

Neste quesito, advoga a autuada que apresenta o serviço CPE SOLUTION, o qual diz respeito a "*um produto corporativo oferecido pela Impugnante que consiste em manutenção, instalação, garantia e atualização de* ***softwares****, além da locação de equipamentos (...)*". (grifo nosso)

Sustenta, procurando formar um convencimento, que tais serviços estão dissociados dos serviços de comunicação, sendo dispensáveis quando o consumidor já os possuir, razão pela qual não cabe a exigência do imposto correspondente.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Faz observar que, ao contrário do que entende o julgador singular, a utilização do equipamento fornecido pela empresa diz respeito a uma exclusividade, sendo que, todavia, tal serviço exclusivo é objeto de acordo entra a empresa e o usuário do serviço de telecomunicação.

Por fim, faz observar que tanto o STJ quanto o STF vem decidindo pela ilegalidade da cobrança de impostos, ICMS e ISS, realizada sobre serviços de locação e, em seguida, chama a atenção para a existência de decisões provenientes deste Conselho de Recursos Fiscais, cujo entendimento dirige-se no sentido de afastar a exigibilidade do tributo decorrente e alugueis de equipamentos.

Não posso dar razão à defendente, porquanto a comprovação de que tais serviços estão associados aos serviços de telecomunicação pode ser obtida em uma simples análise de um contrato realizado pela autuada e o adquirente dos seus serviços, onde, em sua Cláusula Quarta, item 4.2, se lê a seguinte obrigação para a contratante:

4.2 Utilizar os equipamentos fornecidos exclusivamente na prestação dos Serviços de telecomunicações pela CONTRATADA a CONTRATANTE conforme previsto na(s) Solicitação(ões) do Serviço.

Tendo em vista que são indissociáveis a utilização dos serviços TC CPE SOLUTIONS do serviço de comunicação prestado pela TNL PCS S/A. não há como admitir-se a exclusão de tais serviços da base de cálculo do ICMS telecomunicações, especialmente dada a previsão legal do disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, *in verbis*:

Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Este Conselho, nesta mesma linha de entendimento, em dada oportunidade, decidindo questão relacionada a empresa filial da autuada, assim se posicionou:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

1O RECORRIDA: GERENCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

2O RECORRENTE: GERENCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

2O RECORRIDA: TELEMAR NORTE LESTE S.A

AUTUANTE : EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REDUÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO - REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

- A jurisprudência desta Corte Administrativa de Julgamento firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo artigo 173, inciso I e não pelo regramento do artigo 150, §4°, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se dessume a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários. Preliminar rejeitada.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem a incidência do ICMS tendo como base de cálculo incidente sobre as prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g. n.)

-Redução da multa por infração em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, em razão do que dispõe o art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito a partir de 01/09/2013.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPLEMENTARES E DE ATIVIDADES-MEIO - CABIMENTO - MANTIDA DECISÃO.

Em relação às receitas provenientes de atividades conexas ao serviço de comunicação, como o acesso compartilhado e a consulta fácil, assevera que não há remuneração na intermediação de mensagens entre dois pontos, aí porque tais operações não devem sofrer o gravame do ICMS.

Também neste quesito não posso dar razão a autuada, porquanto a interpretação que se impõe do Convênio ICMS 69/98, transcrito na sequência, em sua Cláusula Primeira é a de que há, sim, prestação de serviços de comunicação em relação aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

“Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”

Assim, não obstante as ponderáveis razões trazidas pela Impugnante, havemos de convir que há total subsunção do fato em discussão ao comando normativo insculpido na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Ou seja, independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação.

A propósito, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, julgando questão semelhante a que ora se nos apresenta para julgamento, assim decidiu quando do julgamento dos Recursos HIE/VOL/CRF – nº 299/2012:

“RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REDUÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO - REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- A jurisprudência desta Corte Administrativa de Julgamento firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo artigo 173, inciso I e não pelo regramento do artigo 150, §4°, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se dessume a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários. Preliminar rejeitada.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem a incidência do ICMS tendo como base de cálculo incidente sobre as prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g. n.)

Diante dessas constatações entendo que não assiste razão à recorrente, daí porque, neste ponto, mantenho a ação fiscal.

DAS RECEITAS FINANCEIRAS - DESCABE AUTUAÇÃO - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.

Neste quesito, tem-se que o mediador monocrático julgou improcedente o lançamento respectivo, após identificar que dentre os itens inseridos na relação apresentada pela fiscalização (*vide* CD-R – fls. 07), por diversas vezes, a ocorrência de um serviço cuja DESCRIÇÃO DE CÓDIGO TARIFÁRIO corresponde a Multa Oi Office Blackberry BIS, cujas receita representa, para a defesa, uma receita de natureza financeira e, como tal, não estaria sujeita à incidência do ICMS.

De fato, a redação contida na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98 nos dá o rumo de que o valor correspondente a titulo de multa representa uma parcela auferida pela Impugnante que não corresponde a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado. *Verbis:*

Cláusula primeira *Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (grifo nosso)*

Assim, como bem observado pelo julgador singular, “todas as situações tratadas anteriormente foram, com fulcro no ordenamento jurídico, consideradas alcançadas pela incidência do tributo estadual. Porém, em se tratando de multas, não há permissivo legal que justifique a cobrança do ICMS e do FUNCEP sobre tais receitas.

Destarte, não tendo sido demonstrado nos autos que a Multa Oi Office Blackberry BIS corresponde a um serviço de comunicação, faz-se imperativo que excluamos dos valores lançados no Auto de Infração todos os créditos a ela relativos.”

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Correta, pois, a decisão singular, porquanto por demais pertinente.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM RELAÇÃO À APLICAÇÃO DA MULTA POR REINCIDÊNCIA – DESCABE ALEGAÇÃO - AFASTADA EM PARTE A MULTA RECIDIVA - REFORMADA DECISÃO RECORRIDA.

Sustenta a defendente, requerendo nulidade, que tal procedimento teria prejudicado o exercício do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que ausente, na peça acusatória, o fundamento legal capaz de justificar a incidência de tal penalidade.

É sabido que o que determina a nulidade do ato administrativo é sua ilegalidade ou ilegitimidade. Praticado por pessoa competente, tendo por finalidade o interesse público, com forma prescrita ou não defesa em lei, vinculada a motivo legal e visando objeto lícito, o ato administrativo não pode ser objeto de nulidade. Todos esses requisitos se fizeram cumprir no presente feito, de nada valendo a apelação recursal de que foi cerceado o direito de defesa do contribuinte.

De fato, em se considerando a vasta e pormenorizada argumentação da defendente, revelando o pleno conhecimento do *animus* fiscal, seguramente apreendido pela mesma, constata-se que não foi cerceado o direito de defesa do contribuinte, não havendo motivo, pois, para se anular o auto de infração.

A bem de ver, o artigo 41 da Lei nº 10.094/13, transcrito mais adiante, relaciona os requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal, os quais devem ser cumpridos sob pena de decretação de nulidade do ato administrativo:

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;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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. (grifo nosso)

Pelo que se vê, no entender da defendente, ao propor a aplicação da multa recidiva, os Auditores Fiscais teriam violado o inciso VI do artigo 41 da Lei nº 10.094/13.

É bem verdade que o dispositivo legal relativo à multa recidiva não está presente na inicial. Entretanto, tal omissão não tem o condão de invalidar a exigência fiscal, senão vejamos:

No meu sentir, a questão foi muito bem enfrentada pelo julgador singular, razão pela qual peço vênia para transcrever excerto de sua decisão, senão vejamos:

"*temos que a acusação que paira contra a TNL PCS S/A. diz respeito à falta de recolhimento do ICMS atinente a prestação de serviços de comunicação e, em decorrência deste fato, foi proposta a multa com base no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96, por infringência aos artigos 13, III c/c art. 3º, III; art. 11, V e art. 12, VII, todos da mesma Lei.*

Sendo assim, o requisito contido no inciso no artigo 41 da Lei nº 10.094/13 (inclusive o inciso VI), bem como os do artigo 104 do Código Civil e os descritos pela melhor doutrina, foram efetivamente cumprido quando da lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00001701/2015-98.

Não há como prosperar a tese de cerceamento de defesa ventilada pela Impugnante, haja vista que o Auto de Infração não contém omissões ou obscuridades que possam inviabilizar ou, pelo menos, trazer dúvidas à Autuada sobre a acusação. Tanto é fato, que a peça impugnatória abarcou todos os pontos, demonstrando que a Reclamante tem total ciência acerca dos fatos que motivaram a autuação.

A multa recidiva está prevista no artigo 87 da Lei nº 6.379/96, in verbis:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinqüenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. 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, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

O disciplinamento para aplicação da referida multa encontra-se presente nos artigos 38 e 39 da Lei nº 10.094/13:

***Art. 38.** Constatada a existência de antecedentes fiscais e configurada a reincidência, de imediato, o auditor fiscal, proporá a multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379, de 02 de dezembro*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

de 1996.

***§ 1º** Para fins do disposto no "caput", no momento da lavratura do Auto de Infração, o autor do procedimento efetuará a pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita.*

***§ 2º** No Termo de Antecedentes Fiscais deverá constar:*

I - o número do processo do qual conste a decisão que houver condenado o contribuinte por idêntica infração;

II - a data do julgamento que tornou definitiva a decisão;

III - os dispositivos infringidos;

IV - a data da ciência, ao autuado, da decisão final administrativo-tributária ou da lavratura do Termo de Revelia;

V – a data de pagamento da infração.

***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.*

*Como se pode observar, a multa recidiva decorre da constatação de que o sujeito passivo possui antecedentes fiscais, ou seja, que tenha incorrido em nova infração **ao mesmo dispositivo legal**, desde que ocorrido dentro do prazo contido no artigo 39 da Lei nº 10.094/13.*

Trata-se, portanto, de um agravamento da penalidade descrita no Auto de Infração. Não representa, por conseguinte, uma penalidade "estranha" à autuada.

A base legal para inserção desta penalidade está claramente definida no artigo 87 da Lei nº 6.379/96, sendo este o único artigo a fixar os percentuais aplicáveis. Não há campo fértil para prosperar a tese de que a defesa "presumiu" que fora aplicado o artigo 87 da Lei nº 6.379/96 (fls. 33), pois inexiste, na legislação tributária do Estado da Paraíba, outro dispositivo legal acerca da matéria.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

As infrações anteriores ao mesmo dispositivo legal que fundamentaram a inclusão da multa recidiva também estão claramente identificáveis no Termo de Antecedentes Fiscais (fls. 09 e 119), inclusive com os respectivos enquadramentos legais.

Diante destes fatos, tem-se, portanto, afastada a possibilidade de anulação do Auto de Infração por violação ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, do qual derivam os seus consectários lógicos: Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Entretanto, no que concerne à multa recidiva, entendo que merece reparos a decisão proferida pela instância *a quo*. É que o julgador monocrático aplicou multa recidiva de 70%, em relação a todo o período dos autos, em razão do antecedente fiscal apontado às fls. 39 dos autos.

Contudo, apesar da aplicação desta majoração na penalidade ter sido realizada na vigência da Lei nº 10.094/13 (PAT), que determina que a multa por reincidência seja proposta pelo autor do procedimento no momento da lavratura do auto de Infração, como previsto no art. 38 e § 1º, da mencionada lei, vislumbro que os processos apontados no Termo de Antecedentes Fiscais, juntado às fls. 09, em que os dispositivos legais infringidos foram os mesmos do presente contencioso (Processos nºs 147.911.2011-6, 081.888.2013-0 e 114.934.2013-5), tiveram suas decisões definitivas em datas posteriores a parte dos fatos geradores da acusação ora em questão, precisamente antes de janeiro de 2012. .

Portanto, de acordo com a legislação tributária vigente, não há como considerar reincidente fato praticado anteriormente à data da decisão definitiva referente à infração anterior. Vejamos:

“Art. 673. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinqüenta por cento), adicionando-se a essa pena de 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.

Nova redação dada ao parágrafo único do art. 673 pelo inciso XXIII do art. 1º do Decreto nº 36.128/15 – DOE de 27.08.15.

Parágrafo único. 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, conforme disposto no art. 39 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.”

Destarte, conclui-se 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. Assim, não havendo, dentre as infrações apontadas no termo de antecedentes, prática de infrações anteriores

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

que caracterize a reincidência, nos termos da legislação vigente, supracitada, concluo por excluir **parcialmente** a multa recidiva aplicada, **tão-somente, obviamente, em relação à parte que não foi paga pela autuada.**

Por fim, tendo em vista que o contribuinte não justificou a irregularidade detectada pelo Fisco, entendo que ficou constatada a falta de recolhimento do ICMS, razão pela qual deve ser mantido o resultado proveniente dos autos, com exceção da exigência relativa à penalidade de multa recidiva anterior à data das respectivas decisões definitivas, bem como ao montante de receitas financeiras, ante o desrespeito aos artigos de lei supracitados, ficando o credito tributário constituído conforme planilha anexa a esta decisão.

	PRINCIPAL	**INFRAÇÃO**	**RECIDIVA**	**TOTAL**
AUTO DE INFRAÇÃO	2.687.077,08	2.015.307,85	1.410.715,52	6.113.100,45
PAGO	82.283,88	61.712,91	43.199,04	187.195,83
CRF	2.578.263,06	1.933.697,30	842.825,78	5.354.786,13
CANCELADO	26.530,14	19.897,65	524.690,71	571.118,49

É como voto.

VOTO pelo recebimento dos recursos *hierárquico,* por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001701/2015-98 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.132.064-3, devidamente qualificado nos autos, e declarar como devido o ICMS no valor de R$2.660.546,94 (dois milhões, seiscentos e sessenta mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos), por infração aos artigos 13, III, 3º, III, art. 11, V, e art. 12, VII, todos do RICMS/PB, sem prejuízo da multa por infração, no montante de R$1.995.410,21 (hum milhão, novecentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dez reais e vinte e um centavos), nos termos do art. 82, IV da Lei nº 6.379/96, e R$ 886.024,82 (oitocentos e oitenta e seis mil, vinte e quatro reais e oitenta e dois centavos) de multa recidiva nos termos do art. 87 da Lei n 6.379/96, perfazendo o crédito tributário total de **R$** 5.541.981,97 (cinco milhões, quinhentos e quarenta e um mil

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

novecentos e oitenta e um reais e noventa e sete centavos).

Ao tempo em que *cancelo,* por indevido, o montante de R$ 571.118,49 (quinhentos e setenta e um mil, cento e dezoito reais e quarenta e nove centavos), sendo R$ 26.530,14 (vinte e seis mil quinhentos e trinta reais e catorze centavos) de ICMS e R$ 19.897,60 (dezenove mil, oitocentos e noventa e sete reais e sessenta centavos) de multa por infração, e R$ 524.690,71 (quinhentos e vinte e quatro mil, seiscentos e noventa reais e setenta e um centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos.

Faço observar, por oportuno, que foi realizado um pagamento correspondente a este processo, no importe de R$ 123.716,39, cuja comprovação se encontra anexa ao processo, às fls. 202.

Intimações necessárias, na forma regulamentar, e que, além do contribuinte, sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB nº 11.689, no seguinte endereço: Avenida Engenheiro Clodoaldo Gouveia, nº 87, Centro, João Pessoa/PB – C.E.P.: 58.013-370.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora

Phoca PDF