

PROCESSO Nº 1136372019-8

ACÓRDÃO Nº 0250/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI S.A.

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

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

Autuantes: JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA.

Relator: CONSº. RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Discrepância entre a descrição da infração e os fatos narrados em nota explicativa acarretou a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa e ao contraditório.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002185/2019-42, lavrado em 15/7/2019, contra a empresa OI S.A. (*Em recuperação judicial*), inscrição estadual nº 16.140.610-6, já qualificada nos autos, eximindo-a de todo e quaisquer ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Vislumbra-se, diante desta decisão, a possibilidade de recuperação do crédito tributário por meio de novo lançamento, conforme disciplina o artigo 173, II do CTN.

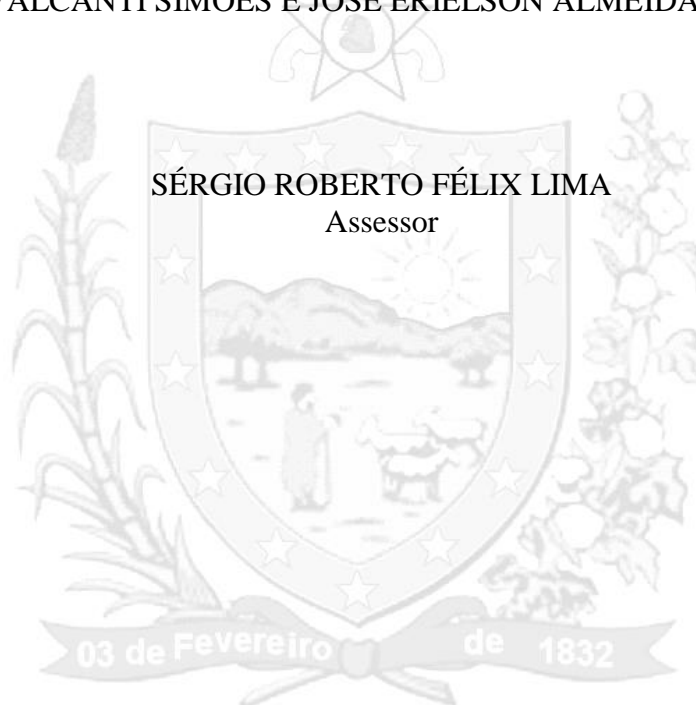
P.R.E.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 24 de maio de 2021.

RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE).



PROCESSO Nº 1136372019-8

RECURSO DE OFÍCIO

Recorrente: OI S.A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTOS DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP.

Repartição Preparadora: SUBGÊNCIA DA RECEB. DE RENDAS DA GER. REG. DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuantes: JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA.

Relator: CONSº. RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Discrepância entre a descrição da infração e os fatos narrados em nota explicativa acarretou a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa e ao contraditório.

RELATÓRIO

Na presente demanda, *Recurso de Ofício* interposto contra decisão monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002185/2019~42, lavrado em 15/07/2019, contra a empresa **OI S.A.** (*Em recuperação judicial*), inscrição estadual nº 16.140.610-6, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de 1º/7/2014 a 31/5/2019, no qual consta a seguinte denúncia:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do 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 ESTÁ SENDO AUTUADO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE SOBRE PARTE DAS AQUISIÇÕES DE MEIO DE REDE, QUE SERVEM DE INSUMO PARA PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO A SEUS USUÁRIOS, QUE FORA DIFERIDO, POR FORÇA DO CONVÊNIO ICMS 17/2013, REGULAMENTADO PELO DECRETO Nº 34.010/13, PARA O MOMENTO DA PRESTAÇÃO AO USUÁRIO CONFORME DISPOSTO NA CLÁUSULA TERCEIRA, INCISOS I, II E III, DO MESMO CONVÊNIO.

A DIFERENÇA APONTADA COMO IRREGULAR FICOU CARACTERIZADA PELOS VALORES APURADOS SEGUINDO O QUE DISPÕE OS PARÁGRAFOS §1º e §2º, AMBOS DO ART. 3º DO REFERIDO DECRETO, QUE SERVIRAM DE BASE PARA A MONTAGEM DO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO CONSTANTE DO

ANEXO I DEMONSTRATIVO RESUMO DO ICMS A RECOLHER INCIDENTE SOBRE PARTE DAS AQUISIÇÕES DE MEIOS DE REDE (CFOP 1301 e 2301) REALIZADOS PELA OI S/A, NO PERÍODO DE JULHO/2014 A MAIO/2019, E TENDO EM VISTA QUE NÃO RESTOU COMPROVADO O RECOLHIMENTO DESSA PARCELA DO IMPOSTO.

NOTIFICADO O CONTRIBUINTE A EFETUAR O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO (NOTIFICAÇÃO Nº 00083856/2015), ESTE APRESENTOU ALEGAÇÕES ATRAVÉS DO PROCESSO Nº 1538632015~7 (ANEXO II) QUE SE REFEREM APENAS AOS ASPECTOS OPERACIONAIS E DE LOGÍSTICA INTERNA DA EMPRESA, NÃO ENCONTRANDO TAIS ARGUMENTOS QUALQUER RESPALDO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PARAIBANA.

ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS O ART. 1º E O ART. 3º, AMBOS DO DECRETO Nº 34.010/13.

Foram dados como infringidos: o art. 13 III c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/1996, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96 sendo apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 7.054.234,85 (sete milhões e cinquenta e quatro mil duzentos e trinta e quatro reais e oitenta e cinco centavos)**, sendo R\$ 4.030.991,52, de ICMS, e R\$ 3.023.243,52 de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 25/07/2019, a Autuada, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça reclamatória em 26/08/2016, onde expõe o seguinte (fls. 29-55):

- Em preliminar, argui a nulidade do auto de infração por observar conflito entre a descrição da infração “ausência de recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual, que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS”, e os fatos narrados em nota explicativa, que dizem que “o contribuinte está sendo autuado pela falta de recolhimento do ICMS incidente sobre parte das aquisições de meios de rede que servem como insumo para prestações de serviços de comunicação”;
- Alude a decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos antes de 25/7/2014, nos termos do ar. 150, §4º do CTN;
- Relata sobre a operacionalização e escrituração das aquisições de meios de rede para alegar que não houve recolhimento a menor do ICMS ao Estado da Paraíba e que a conduta praticada pela empresa poderia ser passível de multa por descumprimento de obrigação acessória, posto que a rede adquirida (CFOPs 1301 e 2301) foi utilizada para prestação de serviços de comunicação devidamente tributados no Estado em que se localiza o usuário final e para quem o imposto foi recolhido;
- Afirma que a fiscalização desconsiderou as receitas faturadas por outras empresas (*Cobilling*) e os recolhimentos feitos pela autuada nos termos do Convênio ICMS 128/2010;

- Adita que a fiscalização utilizou base de cálculo diversa do preço do serviço por meio de sistemática de *Gross Up*;
- Ataca a multa aplicada por ser inadequada à espécie;
- Ao final, requer: a) a procedência da presente impugnação para reconhecer a insubsistência do auto de infração, com extinção do crédito tributário correspondente, b) o afastamento da multa aplicada, c) que sejam os autos baixados em diligência para nova verificação fiscal, d) que as intimações sejam dirigidas ao advogado André Mendes Moreira, OAB nº 87.017.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 96*), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda Barros, que decidiu pela *nulidade* do feito fiscal, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do artigo 80, *caput*, da Lei nº 10.094/2013 (*fls. 107-112*).

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO FORMAL. NULIDADE.

- O erro na descrição do fato infringente ensejou a nulidade do auto de infração por vício formal de natureza insanável nos próprios autos. Cabível a realização de nova feitura fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificado da decisão de primeira instância, através do se Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), em 10/3/2020 (*fl. 115*), a Autuada não interpôs Recurso Voluntário.

Diante desta decisão proferida, a julgadora singular recorreu de ofício, nos termos do artigo 80 da Lei 10.094/2013, à instância *ad quem*.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado pelo contribuinte por meio de Memorial encaminhado por endereço eletrônico do Conselho de Recursos Fiscais em 20 de abril de 2021, foi remetido o presente processo à Assessoria Jurídica desta Casa e solicitada a emissão de Parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, nos termos do art. 20, X, da Portaria GSER nº 248/2019 (Regimento do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba), o qual foi juntado às fls. em 26/04/2021.

Posteriormente, foram os autos remetidos a esta Casa para apreciação e julgamento, onde foram a esta relatoria distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o *Recurso de Ofício* interposto nos termos do artigo 80 da Lei 10/094/2013, contra decisão de primeira instância, que julgou *nulo* o Auto de Infração de

Estabelecimento nº 93300008.09.00002185/2019~42, lavrado em 15/07/2019, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

Trata-se de lançamento tributário com acusação de falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação, que foram indicadas pelo contribuinte como sendo isentas ou não tributadas, em infringência ao artigo 13, III c/c art. 3º, III, art. 11, V, art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379, abaixo reproduzidos:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Art. 11. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

V - 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviços de telecomunicação;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...) de Fevereiro de 1832

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

Em nota explicativa, a auditoria destacou que a infração se refere ao ICMS diferido e não recolhido referente às aquisições de meio de rede que servem como insumos para as prestações de serviço de comunicação aos usuários, em desacordo com a Cláusula Terceira, I, II e III, do Convênio ICMS 17/2013:

Cláusula terceira A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo;

II - consumo próprio;

III - qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no *caput* da cláusula primeira.

Declarada nula na instância singular, a denúncia descrita na inicial remete à falta de recolhimento do ICMS em razão de o contribuinte ter consignado as operações de aquisição de meios de rede como sendo isentas ou não tributadas, conflitando com a narração feita em nota explicativa, que diz se tratar de falta de recolhimento do ICMS diferido relativo às aquisições de meio de rede.

Neste sentido, o contribuinte declarou como entradas, sem destaque do imposto, nos códigos 1301 e 2301, os valores relativos à aquisição de meios de rede de outras operadoras, para a prestação de serviços a seus usuários, em conformidade com o diferimento previsto no Convênio ICMS 17/2013, reproduzido anteriormente, que concentrou o ICMS devido ao longo da cadeia na operação final.

FOP	Descrição CFOP	Origem	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	Redução Base Calc. ICMS (R\$)	ICMS (R\$)	Base de Cálculo ICMS-ST (R\$)	ICMS-ST (R\$)
1301	AQUISICAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	Estado	345.311,89	0,00	0,00	0,00	0,00	0,0

Pari passu, levou à tributação os valores que julgou representar os serviços de comunicação por ela prestados aos seus usuários.

CFOP	Descrição CFOP	Origem	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	Redução Base Calc. ICMS (R\$)	ICMS (R\$)	Base de Cálculo ICMS-ST (R\$)	ICMS-ST (R\$)
5301	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA	Estado	1.824,17	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

MESMA NATUREZA								
5302	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL	Estado	27,89	27,89	0,00	8,35	0,00	0,00
5303	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL	Estado	73,93	71,66	0,00	21,45	0,00	0,00
5304	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A ESTABELECIMENTO DE PRESTADOR DE SERVICO DE	Estado	4,07	4,07	0,00	1,22	0,00	0,00
5307	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A NAO CONTRIBUINTE	Estado	11.795,23	10.383,03	0,00	3.112,71	0,00	0,0

Sem adentrar ao mérito, verifica-se que o levantamento fiscal (*fls. 08-09*), com base nas declarações prestadas pelo contribuinte se refere tanto aos casos de saídas isentas ou não tributadas, quanto, em sua maior parte, às saídas omitidas, pelo fato de ter o contribuinte deixado de levar à tributação as operações de aquisição de meios de rede.

Portanto, por visualizar conflito entre a descrição formalizada na inicial e os fatos narrados em nota explicativa, venho a ratificar a decisão da instância singular, para anular, por vício formal, o presente lançamento tributário, nos termos do art. 16 e 17, II, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcritos:

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:

II - à descrição dos fatos; .

Registre-se que, tratando-se de nulidade por vício formal, o crédito tributário poderá ser recuperado através de novo lançamento, conforme disciplina o artigo 173, II do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002185/2019-42, lavrado em 15/7/2019, contra a empresa OI S.A. (*Em recuperação judicial*), inscrição estadual nº 16.140.610-6, já qualificada nos autos, eximindo-a de todo e quaisquer ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Vislumbra-se, diante desta decisão, a possibilidade de recuperação do crédito tributário por meio de novo lançamento, conforme disciplina o artigo 173, II do CTN.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de abril de 2018.

