



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

Processo Nº085.596.2015-0

Recurso VOL/CRF Nº166/2016

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:TNL PCS S/A

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.

Preparadora:SUBGER.DA REC.DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO

Autuantes:EDUARDO SALES COSTA/JOÃO ELIAS COSTA FILHO.

Relator:PETRONIO RODRIGUES LIMA.

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

- Peça acusatória dentro dos ditames legais, não evidenciando casos de nulidade. Cerceamento do direito de defesa não configurado..
- O benefício fiscal da redução da base de cálculo atribuído às prestações de serviço de comunicação, relacionado à TV por assinatura, está condicionado, entre outros, ao cumprimento regular da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação tributária vigente. "In casu", o descumprimento da condição prevista na norma implicou na perda do benefício no período em que se verificou o inadimplemento.
- Possibilidade de o contribuinte se apropriar dos créditos fiscais, caso existam no período denunciado na exordial, desde que autorizados pela SER/PB em processo específico.
- A penalidade proposta se amolda à situação tipificada pela fiscalização, por falta de recolhimento do ICMS, devendo ser aplicada com fundamento no art. 82, II, "e", da Lei nº 6.379/96.

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

A C O R D A M 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 voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovidimento, mantendo a decisão singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000901/2015-23, lavrado em 8/6/2015 (*fl.* 3), contra a empresa TNL PCS S/A., inscrição estadual nº 16.132.064-3, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 1.264.432,40 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais e quarenta centavos), sendo R\$ 842.954,87 (oitocentos e quarenta e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 33, XI, "b",

§§ 20, III e 22, e ao art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 421.477,53 (quatrocentos e vinte e um mil, quatrocentos e setenta e sete reais e cinquenta e três centavos), de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar que, além do contribuinte, também devem ser remetidas em nome do Sr. Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB 11.689, no endereço constante na peça recursal à fl. 136, e em nome do Sr. André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, solicitado em documento próprio à fl. 143.

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 29 de novembro de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do **Tribunal Pleno**, GILVIA DANTAS MACEDO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, (Ausência da Conselheira) DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000901/2015-23, lavrado em 8/6/2015 (*fl.* 3) no qual a autuada TNL PCS S/A, acima identificada, é acusada da seguinte infração:

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

NOTA EXPLICATIVA:

O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER PARCELA DO ICMS DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) SUJEITAS A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER APLICADO PERCENTUAL MAIOR DE REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS REFERIDAS PRESTAÇÕES, ACARRETANDO CARGA TRIBUTÁRIA DO ICMS INFERIOR A FORMALMENTE EXIGIDA PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 33, XI, B, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97 (ACRESCENTADO PELO ART. 4º DO DECRETO Nº 20.820/99 E ALTERADO PELO ART. 4º DO DECRETO Nº 32.138/11), CONTRARIANDO AINDA O DISPOSTO NOS CONVÊNIOS ICMS 57/99 E 20/11.

PARA APURAÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, CONSIDEROU-SE COMO VÁLIDA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ MAIO DE 2011, OU SEJA, CARGA TRIBUTÁRIA REDUZIDA (10%). COM A ENTRADA EM VIGOR DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELO §§20, III, DO ART. 33 DO RICMS-PB (JUNHO DE 2011), A TRIBUTAÇÃO DEU-SE DE FORMA INTEGRAL (28%). CONSIDEROU-SE AINDA A ININTERRUPTA EXISTÊNCIA EM CONTA GRÁFICA DE SALDO DEVEDOR PARA O PERÍODO ANALISADO.

A AUDITORIA FOI REALIZADA POR MEIO DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO QUADRO DEMONSTRATIVO RESUMO DDA REPERCUSSÃO NO ICMS – COMUNICAÇÃO PELA APLICAÇÃO DE CARGA TRIBUTÁRIA INDEVIDA NAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TV POR ASSINATURA (ANEXO – 01) E DA PLANILHA DE CÁLCULOS DEMONSTRATIVOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO DAS PRESTAÇÕES DE TV POR ASSINATURA DOS EXERCÍCIOS 2010 A 2014 MÍDIA (CD ROOM)-(ANEXO 02), QUE INTEGRAM O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS, no valor de R\$ 842.954,87 e R\$ 421.477,53, de multa por infração, arremada no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo o crédito tributário de R\$ 1.264.432,40, pelo fato gerador identificado nos períodos de novembro/2010 a junho/2013.

Demonstrativo e mídia CD, juntamente com Termo de Integridade de Arquivos Eletrônicos, juntados pela fiscalização, às fls. 6 a 8.

Devidamente cientificada na forma pessoal, em 19/6/2015, fl. 5, a empresa autuada apresentou Reclamação tempestiva, fls. 19 a 31, protocolada em 20/7/2015, fl. 18, em que traz, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. Preliminarmente, que a Impugnação foi protocolada tempestivamente, tendo em vista que o prazo fatal para sua interposição era o dia 21 de julho de 2015;
- b. Que o Auto de Infração é nulo, por indicar de maneira imprecisa o dispositivo legal supostamente infringido;
- c. Que a Impugnante não poderia ter sido excluída do regime especial instituído pelo Convênio

ICMS nº 57/99;

- d. Que, a se afirmar que a Impugnante não faz jus ao benefício fiscal, deve ser reconhecido seu direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos correlatos aos serviços prestados; e
- e. Que, em relação à multa aplicada, impõe-se o seu cancelamento, tendo em vista o equivocado enquadramento dos fatos no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, ao invés do art. 82, I, “b”, do mesmo diploma legal.

Com registro de antecedentes fiscais (fl. 85), mas sem caracterização de reincidência, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que retornou os autos em diligência à Repartição Preparadora, para que fosse notificada a autuada no sentido desta relacionar os créditos decorrentes da aquisição de insumos empregados na prestação de serviço de telecomunicação “TV por assinatura”, que consideraria legítimos, diante da possibilidade do afastamento do benefício fiscal ora em análise, fls. 88 e 89.

Após cumprida a solicitação da diligência e apreciação do resultado por parte dos autores da ação fiscal (91 a 99), retornaram os autos ao julgador singular, que após apreciação e análise, decidiu pela procedência da autuação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) - ERRO NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – DESCUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 20, III, DO RICMS/PB - PERDA DO BENEFÍCIO FISCAL – OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO § 22 DO ART. 33, DO RICMS/PB.

- A fruição do benefício de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB somente se aplica quando atendidas as condições descritas em seu § 20, III.

- Interpretação literal da legislação tributária, nos termos do artigo 111 do CTN.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificados da decisão *a quo*, por meio de Aviso de Recebimento -AR (fls. 121), recepcionado em 5/5/2016, a empresa autuada compareceu aos autos para apresentar recurso voluntário, fls. 123 a 136, protocolada em 3/6/2016, trazendo à baila, em síntese, as seguintes razões, nos mesmos moldes apresentados em sua peça defensiva, na instância *a quo*:

- a) em preliminar, argui a nulidade do auto de infração, por indicação lacônica do dispositivo legal infringido;
- b) no mérito, alega que não poderia ter sido excluída do regime especial instituído pelo Convênio ICMS nº 57/99;
- c) que não se tratava de descumprimento de obrigação tributária principal, mas de um simples erro de matemática, praticado de boa-fé;
- d) solicita que a autuação deve ser reformulada, para que na apuração do ICMS seja considerado o Convenio nº57/99;

d) Que, a se afirmar que a Impugnante não faz jus ao benefício fiscal, deve ser reconhecido seu direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens decorrentes de ativo permanente e insumos correlatos aos serviços prestados;

e) Que, em relação à multa aplicada, impõe-se o seu cancelamento, tendo em vista o equivocado enquadramento dos fatos no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, ao invés do art. 82, I, “b”, do mesmo diploma legal;

f) renova o pedido de diligência fiscal, prevista no art. 61 da Lei nº 10.094/2013, para refazimento da conta gráfica do ICMS, compensando os eventuais créditos fiscais dos débitos apurados.

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

Eis o relatório.

VOTO

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

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

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

A acusação que paira contra a TNL PCS S/A diz respeito à falta de recolhimento do ICMS e que, em decorrência deste fato, foi proposta uma multa por infração com base no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, por infringência ao artigo 106 do RICMS/PB. Vislumbra-se na peça acusatória que a fiscalização abordou em Nota Explicativa, a motivação da denúncia ora em questão, trazendo todos os dispositivos legais, apontados como infringidos (art. 33, XI, “b”, § 20, III, do RICMS/PB, além dos Convênios ICMS 57/99 e 20/11), não pairando dúvidas sobre as razões da acusação, sendo bem entendida pelo sujeito passivo, não havendo nenhum cerceamento ao seu direito de defesa, como se constata nas análises de mérito trazidas pela autuada nas suas peças de impugnação e do recurso voluntário.

Portanto, comungo com o entendimento da instância prima, que demonstra que os requisitos contidos no inciso no artigo 41 da Lei nº 10.094/13 (inclusive o inciso VI), foram efetivamente cumpridos quando da lavratura do Auto de Infração em tela. Vejamos:

Lei nº 10.094/13

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

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Assim, evidencia-se estarem presentes todos os requisitos legais previstos na peça acusatória, não havendo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, 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.

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

Na análise meritória, o contribuinte foi denunciado pela falta de recolhimento do ICMS sobre prestações de serviço de comunicação, em razão de ter aplicado o percentual referente a carga tributária reduzida (10%), nos termos do art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, a uma base de cálculo menor que a formalmente exigida, contrariando ainda o convênio ICMS 57/99 e 20/11, sendo cobrada a diferença para a carga integral, sem o benefício, a partir de junho/2011, em consonância com o art. 33, §20, III, do RICMS/PB (Quadro Demonstrativo Resumo Na Repercussão do ICMS à fl. 6)

Vejamos a norma que concede a redução da carga tributária do ICMS aos serviços de telecomunicações:

RIMC/PB

Art. 33. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações seguintes, de forma que a carga tributária resulte nos percentuais abaixo indicados:

(...)

XI - nas prestações de serviço de televisão por assinatura, **observado o disposto nos §§ 20 a 23 (Convênios ICMS 57/99 e 20/11)**;

(...)

b) **10% (dez por cento)**, a partir de 1º de janeiro de 2001. (g. n.)

A recorrente, em sua peça de defesa, reconhece que cometeu um equívoco quando da formação da base de cálculo reduzida de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB. Admite que, para o cálculo, utilizara a alíquota de 30% e não de 28%, posto que considerou o somatório dos percentuais correspondentes ao ICMS (28%) e ao FUNCEP (2%). A adoção do percentual de 30% implicou recolhimentos a menor em todos os períodos lançados no Auto de Infração.

Sua discordância se reporta à perda do benefício fiscal, estabelecida pelo convênio 57/99, atribuída pelos autores da ação fiscal, pelo inadimplemento da obrigação tributária principal.

Aduz que a diferença de ICMS a ser recolhida seria de apenas R\$ 32.145,21, e não o montante de R\$ 842.954,86, apurado pela fiscalização.

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

Art. 33

(...)

§ 20. A utilização do benefício previsto no inciso XI observará, ainda, o seguinte (Convênios ICMS 57/99 e 20/11):

I - será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de tributação;

II - o contribuinte que optar pelo benefício não poderá utilizar quaisquer créditos fiscais;

III - fica condicionada ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação;

IV – que todos os meios e equipamentos necessários à prestação do serviço, quando fornecidos pela empresa prestadora, estejam incluídos no preço total do serviço de comunicação;

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

Efeitos a partir de 01.06.11.

§ 21. A opção a que se referem os incisos I e II do § 20 será feita para cada ano civil (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).

Acrescentado o § 22 ao art. 33 pelo art. 4º do Decreto nº 32.138/11 (DOE de 12.05.11).

Efeitos a partir de 01.06.11.

§ 22. O descumprimento da condição prevista no inciso III do § 20 implicará a perda do benefício a partir do mês subsequente àquele que se verificar o inadimplemento (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).

Acrescentado o § 23 ao art. 33 pelo art. 4º do Decreto nº 32.138/11 (DOE de 12.05.11).

Efeitos a partir de 01.06.11.

§ 23. A reabilitação do contribuinte à fruição do benefício previsto no inciso XI ficará condicionada ao recolhimento do débito fiscal remanescente ou ao pedido de seu parcelamento, a partir do mês subsequente ao da regularização (Convênios ICMS 57/99 e 20/11).

Da exegese da norma supracitada, é clarividente que, para fruição do benefício de que trata o artigo 33, XI, “b”, do RICMS/PB, faz-se imperativo que todas as condições contidas nos seus parágrafos sejam atendidas pela empresa, sob pena de perder o benefício fiscal com exigência do imposto remanescente não recolhido.

Alega o contribuinte, que houve um simples erro matemático, praticado de boa-fé, o que é irrelevante no direito tributário, já que a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias é objetiva, independe da intenção do agente.

É inconteste que houve um descumprimento da obrigação principal, que não se pode deixar de ser levado em consideração, para fruição do aludido benefício fiscal, pois esse se equipara a uma isenção parcial, conforme entendimento do STF, cujas considerações foram trazidas pelo julgador *a quo*, quando citou em sua decisão a seguinte passagem:

Em matéria de redução de base de cálculo do ICMS, o Supremo Tribunal Federal – STF já reafirmou entendimento de que se equipara à isenção parcial para fins de aproveitamento de crédito”. A partir do julgamento do RE 174.478-2 (*leading case*), a Corte passou a tratar as figuras da redução da base de cálculo e da isenção como equiparadas. Ao “atribuir o mesmo valor”, o STF aponta na direção da necessidade de interpretarmos o artigo 111 do Código Tributário Nacional de maneira a considerarmos que o verbete “isenção”, contido no seu inciso II, também deve abranger a expressão “redução de base de cálculo”.

Assim, necessário compreender que a interpretação do dispositivo que prevê a redução de base de cálculo deve ser literal, nos moldes do artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 111 Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção; (grifo nosso)

O fato de a recorrente ter deixado de recolher o ICMS em sua integralidade, como demonstrado, foi decorrente de uma adoção equivocada para formação da base de cálculo reduzida, haja vista ter considerado, como alíquota aplicável ao caso, o somatório dos percentuais relativos ao ICMS e ao FUNCEP (total de 30%), implicando, portanto, numa redução a maior da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, com recolhimento do imposto em valores inferiores ao devido, conforme demonstrado pela fiscalização em quadro resumo à fl. 6, reproduzido dos demonstrativos gravados em arquivo eletrônico (CD), anexo à fl. 7.

Portanto, não resta dúvida de que a recorrente incorreu em violação ao comando normativo que regula a matéria do benefício fiscal, vindo a recolher a menor o ICMS devido nos períodos denunciados, situação que inquina a pretensão da recorrente, pois, o benefício da redução da base de cálculo do ICMS está condicionado, literalmente, ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação (artigo 33, §20, III, do RICMS/PB), em consonância, ainda, com a disposição contida no art. 5º c/c art. 6º da Lei nº 6.379/96, que assim dispõe em matéria de incentivos e benefícios fiscais:

Art. 5º As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos ou revogados mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Parágrafo único. O regulamento indicará os benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu.

Art. 6º Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou a prestação. (grifo nosso)

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

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA).

BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. CONFLITO DE NORMA. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ERRO NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 20, III e 22, DO RICMS/PB. PERDA DO BENEFÍCIO. PENALIDADE DEVIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- As prestações de serviço de comunicação relacionadas a TV por assinatura somente gozam da fruição do benefício fiscal da redução da base de cálculo, quando o contribuinte atender, de forma irrestrita, ao regular cumprimento da obrigação tributária principal, no prazo e forma previstos na legislação de regência de que trata o art. 33, XI, “b”, §20, III, do RICMS/PB. O descumprimento da condição prevista na norma implica na perda do benefício a partir do mês subsequente àquele em que se verificar o inadimplemento.

- Na análise, não se pode atribuir efeito de relação entre tributos distintos (ICMS e FUNCEP) ao ponto de excluir a exigência para que outra seja feita a outro tributo, pois os benefícios fiscais trazidos por convênios nacionais é uma prerrogativa apenas para o ICMS e não ao FUNCEP.

- Inocorrência de conflito aparente de normas, cuja solução dar-se-ia com a prevalência da norma especial sobre a geral.

No tocante ao reconhecimento para usufruto de crédito fiscal que teria direito, em razão do afastamento do benefício da redução da base de cálculo, considero legítimo. Contudo, a garantia do direito ao crédito fiscal, caso exista, não implica que haja autorização para fazê-lo no âmbito do processo administrativo tributário, como deste contencioso.

Assim, cabe ao contribuinte formalizar petição em processo de restituição, por se tratar de um possível creditamento extemporâneo, a ser avaliado e constatado por meio de processo próprio e em setor competente da SER, nos termos da legislação tributária vigente, que na oportunidade se analisará a questão dos possíveis equívocos aduzidos pelo contribuinte, abordado em seu recurso voluntário, com relação à classificação contábil do ativo permanente, que alega ter atribuído o CFOP de bens para uso e consumo, que não geram direito ao crédito fiscal.

Neste sentido, rechaço o pleito apresentado para apuração de créditos para efeito de dedução na presente exigência fiscal, o que afasta também as suas razões que motivaram o pedido de diligência fiscal. Além do que, encontram-se nos autos os elementos probatórios e jurídicos suficientes para a formação do convencimento desta relatoria, conforme análises acima, de forma que indefiro a solicitação de diligência fiscal.

No tocante à aplicação da multa de 50%, prevista no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, alega a recorrente que o caso em apreço se amoldaria a outro dispositivo legal: o artigo 82, I, “b”, da Lei nº 6.379/96, cuja previsão da multa é de 20%, requerendo seu cancelamento por não se admitir o reenquadramento da multa aplicada no inciso II, “e”, do artigo 82 da lei, por ser este de aplicação meramente subsidiária e da impossibilidade de mudança do critério jurídico da autuação.

Pois bem, de fato existe um caráter subsidiário no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, pois este deve ser aplicado, tão somente, para os casos não enquadrados nas demais hipóteses do artigo 82 da Lei nº 6.379/96, porém a justificativa apresentada pela recorrente para subsunção do fato ao disciplinamento da penalidade prevista no art. 82, I, “b”, do mesmo diploma legal, demonstra ser imprópria ao caso concreto em análise.

Vejamos o teor dos dispositivos normativos supracitados:

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

I - de 20% (vinte por cento):

(...)

b) aos que, tendo emitido os documentos fiscais e lançado no livro próprio as operações e prestações efetivadas, deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

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

A multa pretendida pelo contribuinte não se presta para o caso em exame. Para que esta pudesse ser aplicável, o contribuinte deveria ter emitido os documentos fiscais, lançado as operações e prestações no livro próprio e houvesse deixado de recolher, no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente. Trata-se de imposto declarado e não recolhido, cuja aplicação se restringe aos casos de Representação Fiscal, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 40 da Lei nº 10.094/13, *in verbis*:

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

§ 1º A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I - o imposto declarado e não recolhido;

II - o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III - o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV - a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I - por escrituração fiscal eletrônica;

II - em guias de informação e apuração.

§ 3º O registro do imposto em livros fiscais importa a confissão de dívida, ressalvada a hipótese de retificação, quando houver, na forma prevista em legislação específica. (grifos nossos).

O caso concreto evidencia situação distinta. A autuada recolheu, *in totum*, o tributo por ela declarado. Contudo, os documentos fiscais consignaram valores de ICMS inferiores ao efetivamente devido, fato este que obrigou a Fiscalização a lançar o crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS por meio de Auto de Infração em epígrafe. Fundamentos pelos quais

corroboro a decisão da instância preliminar.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovemento, mantendo a decisão singular, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000901/2015-23, lavrado em 8/6/2015 (*fl.* 3), contra a empresa TNL PCS S/A., inscrição estadual nº 16.132.064-3, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 1.264.432,40 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais e quarenta centavos), sendo R\$ 842.954,87 (oitocentos e quarenta e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao artigo 33, XI, “b”, §§ 20, III e 22, e ao art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 421.477,53 (quatrocentos e vinte e um mil, quatrocentos e setenta e sete reais e cinquenta e três centavos), de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar que, além do contribuinte, também devem ser remetidas em nome do Sr. Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB 11.689, no endereço constante na peça recursal à fl. 136, e em nome do Sr. André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, solicitado em documento próprio à fl. 143.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de novembro de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator