



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20222700100328

DATA DA AUTUAÇÃO: 25/11/2022

CAD/CNPJ: 05.423.963/0007-07

CAD/ICMS: 000000001180631

DECISÃO NULO Nº: 2023/1/48/TATE/SEFIN

1. Deixar de descontar o valor do ICMS 2. Operações destinadas a Administração Pública. 3. Isenção condicionada ao desconto e demonstração da desoneração. 4. Art. 77, VII, “e-4” da Lei 688/96. 5. Defesa tempestiva. 6. Ilegitimidade passiva. 7. Auto de Infração nulo.

1 - RELATÓRIO

Consta na peça básica descrito que o sujeito passivo promoveu vendas de serviços de telecomunicações, destinadas a órgãos da Administração Pública, não destacando o ICMS das operações, no entanto, não cumpriu as condições dispostas no item 77, da Tabela I, do Anexo I, do RICMS/RO, não sendo demonstrado e deduzido o valor do ICMS da operação, condição indispensável à fruição do benefício. Nestas circunstâncias foi indicado como dispositivo infringido o artigo 1º, III e Anexo I, Tabela I, item 77, nota 1, itens I e II, do RICMS/RO (Dec. 8321/98), c/c art. 1º, III e Nota 1 do item 49, Parte 2, do Anexo I, do RICMS (Dec. 22721/18), c/c item 6.2.4.2 do Anexo Único do Convênio ICMS nº 115/03 e penalidade do artigo 77, inciso VII, alínea “e-4”, da Lei 688/96.

Levantamento fiscal determinado pela Designação de Fiscalização de Estabelecimento - DFE nº 20222500100070 de 06/10/22 (fl. 04), notificado ao sujeito passivo conforme Termo de Início de Fiscalização via DET 134588/23 em 21/10/2022 (fl. 05). Relatório circunstanciado detalhando os procedimentos adotados na ação fiscal, conforme as fls. 06 a 17 do PAT.

O sujeito passivo foi notificado da autuação via DET 13549769, em 13/12/2022 (fl. 32). Apresentou defesa tempestiva em 15/12/2022.

Consta nos autos que, o sujeito passivo foi notificado previamente através do FISCONFORME – DET 13348722 em 04/08/22 (fls. 18 e 19) e DET 13349359 em 08/08/22 (fls. 20 e 21), na forma do Dec. 24202/2019, oportunizando a auto-regularização das inconsistências constatadas no sistema da SEFIN/RO. Todavia, o sujeito passivo deixou de regularizar as inconsistências, apresentando contestação acerca das irregularidades apontadas pelo Fisco.

O crédito tributário lançado tem a seguinte composição:

AI 20222700100328 - OI Móvel S.A em Recuperação Judicial	
ICMS	R\$ 1.334.310,09
MULTA 100% do valor da operação corrigido	R\$ 2.086.467,63
JUROS	R\$ 949.022,16
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 752.157,54
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 5.121.957,42

O contribuinte ao contrapor a notificação prévia (FISCONFORME), em 15/09/22 (fls. 22 a 24), afirmou que:

a - o fisco não possui o direito de exigir obrigação acessória além do que previsto na legislação tributária;

b - que, a empresa agiu na forma da legislação, de acordo com o item 77, Nota 1, incisos I, e II, do Anexo I, do RICMS/RO (Dec. 8321/98), assim, o contribuinte elencou três pontos relevantes a amparar sua tese de que agiu de acordo com a previsão legal:

1º - a isenção de ICMS concedida pelo referido item 77, do Anexo I do RICMS/RO é destinada exclusivamente aos órgãos da administração pública estadual;

2º - a única exigência em termos de obrigação acessória prevista na redação do referido dispositivo em vigor nos exercícios de 2017 e 2018, era a indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do 'desconto' do ICMS; e

3º - por fim, em relação ao ICMS propriamente dito, a concessionária deverá retirar o referido montante do preço do serviço de comunicação prestado aos órgãos públicos estaduais.;

c - que, não é incumbência da empresa descontar o ICMS, entendendo, tratar-se de obrigação acessória criada pelo Estado em descompasso com o Convênio ICMS 26/03, quando se verifica, na visão da defesa, que, efetivamente, retirou o valor do ICMS isentado das notas fiscais;

d - que, atendeu a norma que concedeu a isenção do imposto para a administração pública, observando que os órgãos públicos não arcam com ônus do ICMS, por isso a ausência de destaque do ICMS nas notas fiscais emitidas.

Após os procedimentos relatados acima e, em decorrência da lavratura do auto de infração, o contribuinte apresenta impugnação ao lançamento tributário em 15/12/2022.

2. DA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Em preliminares argumenta pela nulidade em decorrência da incorporação da empresa desde 22/02/22, fato comunicado à SEFIN/RO em 09/03/22, por tanto, caracterizado como ilegítima a ação fiscal contra a empresa identificada no auto de infração, sendo equivocada o lançamento fiscal contra empresa extinta por incorporação. O E. Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a comunicação da incorporação da sociedade é o momento em que o Fisco “*toma conhecimento do novo sujeito passivo a ser considerado no lançamento*”, de modo que, após este momento, é inadmissível a lavratura de auto de infração contra a empresa extinta, conforme ementa do EREsp nº 1.695.790/SP, julgado pela Primeira Seção do STJ em 26.03.2019: “**3. A efetiva comunicação aos órgãos/entidades competentes, pela incorporadora, da ocorrência da incorporação da sociedade empresária proprietária do veículo é o exato momento em que o fisco toma conhecimento do novo sujeito passivo a ser considerado no lançamento, razão pela qual, in casu, esse momento deve ser entendido, para fins tributários, como a data do ato da incorporação (arts. 123 e 132 do CTN). 4. Embargos de divergência providos.**” (EResp 1.695.790/SP, Rel. Min. Gurgel de Farias, Primeira Seção, DJe 26. 3.2019).

Reitera a defesa que, o Fisco tinha pleno conhecimento da sucessão empresarial ocorrida. Entende a impugnante que, é nulo o lançamento fiscal por erro na eleição do sujeito passivo, conforme súmula do CARF nº 112. **É nulo, por erro na identificação do sujeito passivo, o lançamento formalizado contra pessoa jurídica extinta por liquidação voluntária ocorrida e comunicada ao Fisco Federal antes da lavratura do auto de infração. Violação das prescrições dos art. 142 do CTN e art. 10, I, do Decreto nº 70.235/1972.** Há nulidade por vício formal, se o defeito for provocado por descumprimento de formalidades indispensáveis à existência do lançamento, mas restar presente a motivação e se não houver prejuízo ao contraditório. Recurso Voluntário provido Crédito Exonerado.” (Processo nº 10314.726342/2014-87. Acórdão CARF nº 2301-006.825, 1ª Turma da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, julgado em 15.01.2020).

Sem adentrar aos argumentos expendidos em relação ao mérito da autuação e, considerando os argumentos acima, este Julgador, elaborou despacho ao autor do feito, para manifestação acerca da ilegitimidade decorrente da incorporação da empresa autuada, por outra subsidiária, caracterizado como sucessora, que deveria constar como sujeito passivo da incorporada.

Em atendimento ao despacho, o autuante, em contato com a Gerência de Fiscalização – GEFIS/CRE/SEFIN, resultando em entendimento novo de que a empresa OI S.A, se tornou sucessora e responsável pelo pagamento dos tributos da empresa incorporada, na forma do art. 11-C, III, da Lei 688/96. Nestas circunstâncias, foi elaborada nova DFE nº 20232500100017, com nova autuação sob nº 20232700100061 em 27/04/2023, substituindo a ação fiscal em debate.

Assim em razão da incorporação da OI Móvel S.A pela empresa OI S.A, opinando pela anulação do presente auto de infração.

3 – DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

A exigência tributária ocorre em razão do sujeito passivo não proceder na forma do item 77, da Tabela I, do Anexo I, do RICMS/RO – Dec. 8321/98 para a exigência demonstrada do ano 2017 (período 01/11/2017 a 31/12/2017), até 04/2018, na vigência do RICMS antigo e, item 49, Parte 2, do Anexo I, do RICMS/RO – Dec. 22721, do período de maio a dezembro/2018. O Fisco juntou provas da acusação fiscal, detalhando todo o procedimento fiscal, conforme as fls. 06 a 28 do PAT. Vislumbra-se dos autos que o contribuinte efetuava operação de prestação de serviço, indicando ser isenta, em operações de prestação de serviços de comunicação, efetivamente, prestadas a órgãos da Administração Pública. Todavia, para o caso em debate, trata-se de isenção condicionada na forma do artigo 178 do CTN. Nestas circunstâncias, foi indicado como infringidos os artigos 1º, III e Anexo I, Tabela I, item 77, nota 1, itens I e II, do RICMS/RO (Dec. 8321/98), c/c art. 1º, III e Nota 1 do item 49, Parte 2, do Anexo I, do RICMS (Dec. 22721/18) e penalidade do artigo 77, inciso VII, alínea “e-4”, da Lei 688/96.

Sem adentrar aos argumentos expendidos em relação ao mérito da autuação e, considerando os argumentos acima, este Julgador, elaborou despacho ao autor do feito, para manifestação acerca da ilegitimidade decorrente da incorporação da empresa autuada, por outra subsidiária, caracterizada como sucessora, que deveria constar como sujeito passivo da obrigação, em relação às operações da incorporada.

Em atendimento ao despacho, diz o autuante que, em contato com a Gerência de Fiscalização – GEFIS/CRE/SEFIN, resultando em entendimento novo de que a empresa OI S.A, se tornou sucessora e responsável pelo pagamento dos tributos da empresa incorporada, na forma do art. 11-C, III, da Lei 688/96. Nestas circunstâncias, foi elaborada nova DFE nº 20232500100017, com nova autuação sob nº 20232700100061 em 27/04/2023, substituindo a ação fiscal em debate.

Assim em razão da incorporação da OI Móvel S.A pela empresa OI S.A, opinando pela anulação do presente auto de infração.

Do exposto, conclui-se que o auto de infração em questão é nulo, eis que a empresa autuada fora incorporada por outra subsidiária (OI S.A), motivando outra ação fiscal e autuação em face da sucessora, na forma do art. 11-C, III, da Lei 688/96.

4– CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, declarando a **nulidade** do auto de infração e **indevido** o crédito tributário do valor de R\$ 5.121.957,42 (cinco milhões, cento e vinte e um mil, novecentos e cinquenta e sete reais e quarenta e dois centavos).

Desta decisão, em razão da nulidade, recorro de ofício à Câmara de Segunda Instância de Julgamento/TATE/SEFIN, na forma do art. 132 da Lei 688/96.

5 – ORDEM DE NOTIFICAÇÃO

Notifique-se a autuada da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 09/05/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal, , Data: **09/05/2023**, às **23:9**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.