

PROCESSO Nº 0570202017-0
ACÓRDÃO Nº 0216/2021
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A
Autuada: GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (AQUISIÇÕES PARA O ATIVO FIXO E PARA USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) - INFRAÇÕES CONFIGURADAS - OMISSÃO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS - VÍCIO FORMAL - NULIDADE - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

- É cabível a cobrança de ICMS relativo à diferença de alíquotas nas operações interestaduais com mercadorias e bens destinados ao ativo fixo, bem como ao uso e/ou consumo de estabelecimento.

- O ônus da prova compete a quem esta aproveita. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

- A imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos relativos à terceira acusação comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

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

A C O R D A M Segunda Câmara 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, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento. Contudo, em observância ao princípio da legalidade e à jurisprudência do CRF-PB, reformo, de ofício, a decisão singular e julgo parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000853/2017-35, lavrado em 20 de abril de 2017 contra a empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 87.255,01 (oitenta e sete mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e um centavo), sendo R\$ 58.169,98 (cinquenta e oito mil, cento e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos) de ICMS por infringência ao artigo 106, II, “c” e § 1º c/c os artigos 2º, § 1º, IV; 3º, XIV e 14, X,

todos do RICMS/PB e R\$ 29.085,03 (vinte e nove mil, oitenta e cinco reais e três centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

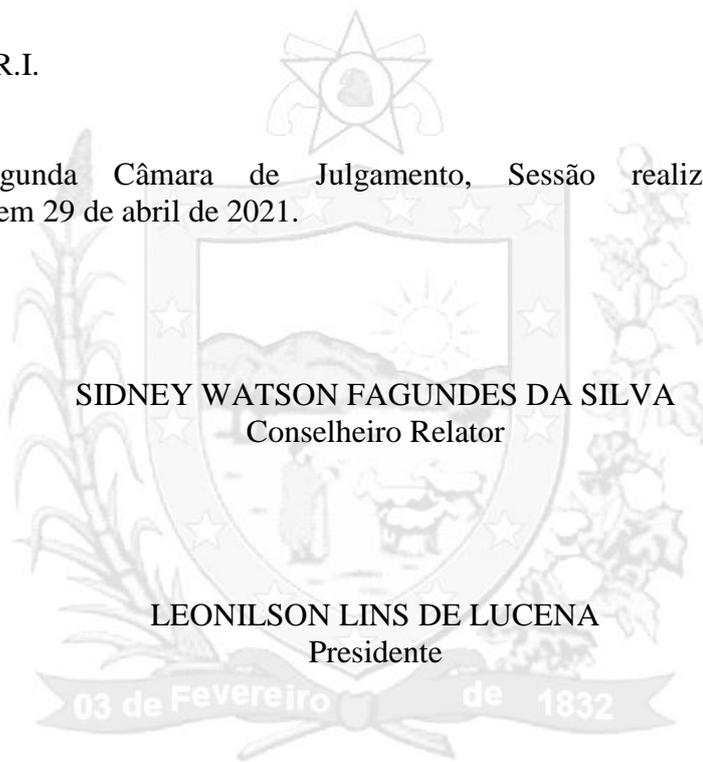
Ao tempo que cancelo o montante de R\$ 384.093,92 (trezentos e oitenta e quatro mil, noventa e três reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 192.046,96 (cento e noventa e dois mil, quarenta e seis reais e noventa e seis centavos) de ICMS e R\$ 192.046,96 (cento e noventa e dois mil, quarenta e seis reais e noventa e seis centavos) de multa.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão do vício formal evidenciado.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de abril de 2021.



SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Processo nº 0570202017-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A
Autuada: GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA
Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (AQUISIÇÕES PARA O ATIVO FIXO E PARA USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) – INFRAÇÕES CONFIGURADAS – OMISSÃO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – VÍCIO FORMAL – NULIDADE – REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

- É cabível a cobrança de ICMS relativo à diferença de alíquotas nas operações interestaduais com mercadorias e bens destinados ao ativo fixo, bem como ao uso e/ou consumo de estabelecimento.

- O ônus da prova compete a quem esta aproveita. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

- A imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos relativos à terceira acusação comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000853/2017-35, lavrado em 20 de abril de 2017 contra a empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A., inscrição estadual nº 16.164.274-8, as auditoras fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço Especial nº 93300008.12.00000864/2017-75 denunciam o sujeito passivo de haver cometido as seguintes infrações, *ipsis litteris*:

0243 – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O ATIVO FIXO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE

07.03.02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

ESSA AUTUAÇÃO É DECORRENTE DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE PRODUTOS DESTINADOS A INTEGRAR O ATIVO FIXO DA EMPRESA, ORIUNDOS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E EVIDENCIADO PELA FALTA DE REGISTRO DAS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, CONFORME RELAÇÃO CONSTANTE NO DEMONSTRATIVO EM ANEXO, O QUAL FICA SENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

AS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-E, MODELO 55) PODERÃO SER CONSULTADAS NO PORTAL NACIONAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA ATRAVÉS DA CHAVE ELETRÔNICA INFORMADA NO REFERIDO DEMONSTRATIVO.

O CONTRIBUINTE ESCRITUROU O LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS ATRAVÉS DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), CONFORME SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL (SPED).

0245 – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

Nota Explicativa:

ESSA AUTUAÇÃO É DECORRENTE DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE PRODUTOS DESTINADOS AO USO E CONSUMO DA EMPRESA, ORIUNDOS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E EVIDENCIADO PELA FALTA DE REGISTRO DAS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, CONFORME RELAÇÃO CONSTANTE NO DEMONSTRATIVO EM ANEXO, O QUAL FICA SENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

AS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-E, MODELO 55) PODERÃO SER CONSULTADAS NO PORTAL NACIONAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA ATRAVÉS DA CHAVE ELETRÔNICA INFORMADA NO REFERIDO QUADRO DEMONSTRATIVO.

O CONTRIBUINTE ESCRITUROU O LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS ATRAVÉS DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), CONFORME SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL (SPED).

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

ESTA AUTUAÇÃO É DECORRENTE DA FALTA DE COMPROVAÇÃO DO REGISTRO, NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL, DAS NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONSTANTES NO DEMONSTRATIVO EM ANEXO, O QUAL FICA SENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

AS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-E, MODELO 55) PODERÃO SER CONSULTADAS NO PORTAL NACIONAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA,

ATRAVÉS DA CHAVE ELETRÔNICA INFORMADA NO REFERIDO DEMONSTRATIVO.

OBS: A EMPRESA TEM COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

Em decorrência dos fatos acima descritos, as representantes fazendárias, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto no artigo 106, II, “c” e § 1º c/c os artigos 2º, § 1º, IV; 3º, XIV e 14, X e nos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 471.348,93 (quatrocentos e setenta e um mil, trezentos e quarenta e oito reais e noventa e três centavos), sendo R\$ 250.216,94 (duzentos e cinquenta mil, duzentos e dezesseis reais e noventa e quatro centavos) de ICMS e R\$ 221.131,99 (duzentos e vinte e um mil, cento e trinta e um reais e noventa e nove centavos) a título de multas por infração, com fulcro no artigo 82, II, “e” e “f”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 11 a 49.

Depois de cientificada pessoalmente em 25 de abril de 2017, a TELEFÔNICA BRASIL S.A., sucessora por incorporação da autuada, por intermédio de seus procuradores, protocolou, em 25 de maio de 2017, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) Nas Notas Explicativas do Auto de Infração, há indicação de que as notas fiscais que teriam suportado as operações descritas na peça acusatória se encontrariam relacionadas em um demonstrativo, contudo a impugnante não teve acesso a tal documento, de forma que não pôde identificar, com exatidão a origem ou o alcance da cobrança, fato que prejudicou seu direito à ampla defesa e ao contraditório;
- b) Ante a ausência de elementos que possibilitem identificar, com clareza o objeto da exigência, devem ser os lançamentos declarados nulos;
- c) Verifica-se, da leitura do Auto de Infração impugnado, que, ao mesmo tempo em que a “Descrição da Infração” menciona suposta ausência de pagamento do imposto, as “Notas Explicativas” informam que ocorreram operações de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado da impugnante e, também, ao seu uso e consumo, sem esclarecer quais fatos levaram a fiscalização a chegar a tal conclusão;
- d) A fiscalização sequer indicou a base de cálculo por ela utilizada para cálculo do imposto e da multa aplicada;
- e) No caso da denúncia de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, verifica-se a falta de correlação entre a infração descrita e seu fundamento legal, pois foi imputada à impugnante multa no percentual de 100% (cem por cento) em razão de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias em livros próprios (fiscal e contábil), mas os dispositivos supostamente infringidos se referem a saídas de mercadorias (artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB);

- f) Considerando que a autuada não possui elementos suficientes para o exercício do contraditório e da ampla defesa, pressupõe-se que os valores exigidos decorrem de operações com aparelhos celulares e cartões inteligentes para comercialização, para as quais a empresa realizou pagamento do ICMS devido por substituição tributária;
- g) A transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não configura fato gerador do ICMS;
- h) Não há incidência do ICMS nas operações de remessa para troca em garantia e operações com cartão recarga;
- i) A falta de recolhimento do ICMS nas aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento não enseja nenhum prejuízo ao Fisco Estadual;
- j) A multa imposta no Auto de Infração mostra-se manifestamente abusiva, desproporcional e confiscatória.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 191)¹, foram os autos conclusos (fls. 192) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador singular Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que se pronunciou pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – USO E CONSUMO / ATIVO FIXO – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – INFRAÇÕES CONFIGURADAS.

- Comprovada a aquisição de mercadorias para ativo fixo e uso ou consumo resta autorizada a cobrança do ICMS.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICMS/PB.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 21 de agosto de 2019, a TELEFÔNICA BRASIL S. A. apresentou recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba em 18 de setembro de 2019, por meio do qual repropõe alguns argumentos trazidos em sua impugnação e acrescenta que:

- a) O julgador fiscal, com total desrespeito aos princípios constitucionais que garantem a defesa pelo contribuinte de forma justa, alterou, de ofício, o enquadramento da infração em sua decisão para esclarecer que “*não se está constituindo o lançamento relativo a esse conjunto de notas, mas sim do*

¹ Reincidência não configurada, haja vista a ausência de correspondência entre os dispositivos legais indicados no Auto de Infração e aqueles constantes no Termo de Antecedentes Fiscais anexado às fls. 191.

evento passado, tornando-se irrelevante para o deslinde da questão a confirmação do recolhimento dos impostos relativos ao conjunto de notas identificadas no procedimento fiscal”;

- b) Fica clara a nulidade da decisão administrativa, haja vista que a recorrente foi tolhida de seu direito à ampla defesa e ao contraditório, ao ter instância administrativa suprimida pela inovação na fundamentação da decisão recorrida;
- c) O julgador fiscal se arvorou da competência funcional que não lhe é destinada, introduzindo nova infração e fundamentação ao procedimento adotado pela recorrente;
- d) No caso de o Fisco alterar critérios jurídicos anteriormente adotados, em face de determinada situação concreta, os efeitos dessa alteração somente podem ocorrer com relação a fatos geradores ocorridos posteriormente à sua introdução;
- e) Admitir inovação desse tipo significa reconhecer que, antes dela, o Auto de Infração não continha a devida motivação. A defesa do contribuinte, tal como originalmente elaborada, restaria prejudicada, pois não levou em consideração a nova motivação (a comprovação dos fatos pretéritos às operações ora discutidas), implicando, assim, em supressão de instância.

Com fundamento nas razões acima expostas, a recorrente requer:

- a) Seja julgado procedente o recurso voluntário, para que seja reconhecida a nulidade da decisão em função da modificação dos critérios jurídicos adotados pelo *decisum*, que considerou fundamentação não arrolada originalmente no Auto de Infração;
- b) Subsidiariamente, sejam os autos remetidos à instância de origem para cancelamento integral do Auto de Infração, considerando que as operações realizadas pela recorrente não configuram fatos geradores do ICMS;
- c) Alternativamente, caso não seja anulado ou cancelado o Auto de Infração, ao menos deve ser reduzida a multa aplicada no percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto, por força dos princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em apreciação nesta corte o recurso voluntário interposto contra decisão da instância *a quo* que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento lavrado contra a empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A., já devidamente qualificada nos autos, no qual estão assinaladas três denúncias, a saber: *i*) falta de recolhimento do ICMS – diferencial de alíquotas (aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento); *ii*) falta de recolhimento do ICMS – diferencial de alíquotas (aquisições para uso e/ou consumo do estabelecimento); e *iii*) falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios.

De início, cumpre-nos destacar que as autoridades fazendárias colacionaram aos autos os seguintes documentos:

- a) Demonstrativo das notas fiscais eletrônicas – NF-e, modelo 55, cujos lançamentos não foram localizados nos registros da escrituração fiscal digital dos exercícios de 2012 a 2016, as quais discriminam aquisições para integrar o ativo fixo (fls. 14 e 15);
- b) Demonstrativo das notas fiscais eletrônicas – NF-e, modelo 55, cujos lançamentos não foram localizados nos registros da escrituração fiscal digital dos exercícios de 2012 a 2016, as quais discriminam aquisições para uso e consumo (fls. 16 e 17);
- c) Demonstrativo das notas fiscais eletrônicas – NF-e, modelo 55, não registradas na escrita fiscal/contábil nos exercícios de 2012 a 2016, cujo RICMS/PB autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestação de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto (fls. 18 a 31);
- d) Notificação nº 01041747/2017 (fls. 32);
- e) Respostas à Notificação nº 01041747/2017 (fls. 33, 35 e 36);
- f) Extratos de *e-mails* trocados entre as auditoras fiscais e a analista tributária da autuada (fls. 37 a 39);
- g) Memorial Auxiliar de Acusação (fls. 41 e 42).

Conforme anotado nas Notas Explicativas das três denúncias consignadas na inicial, os referidos demonstrativos são partes integrantes do Auto de Infração.

Feito o registro, passemos às preliminares de nulidades arguidas pela defesa.

A recorrente sustenta que a decisão singular modificou os critérios jurídicos, considerando fundamentação não arrolada originalmente no Auto de Infração.

Segundo afirma, o julgador fiscal “alterou, de ofício, o enquadramento da infração em sua decisão para esclarecer que “não se está constituindo o lançamento relativo a esse conjunto de notas, mas sim do evento passado, tornando-se irrelevante para o deslinde

da questão a confirmação do recolhimento dos impostos relativos ao conjunto de notas identificadas no procedimento fiscal”.

Mais adiante, a autuada pontua que **“a manutenção do lançamento não se deu sob a sua fundamentação original, que, como se sabe, válida o próprio ato, mas, sim, sob uma outra fundamentação, necessitando, inclusive da referência pelo d. julgador às operações que sequer haviam sido citadas no Auto de Infração lavrado.”**

Em verdade, veremos que, no julgamento realizado, não houve qualquer inovação no critério jurídico. Para comprovar a afirmação, convém segmentarmos a sentença proferida pela instância prima.

Preliminarmente, o ilustre julgador *a quo* destaca que, na elaboração dos Auto de Infração, foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional e que o processo se desenvolveu com respeito às garantidas constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na sequência, a decisão recorrida demonstra a consistência do conteúdo probatório, afastando a alegação inicial da impugnante quanto à falta de acesso aos demonstrativos citados nas Notas Explicativas.

Para tanto, o julgador ressaltou que, desde o início da ação fiscal, as autoridades fiscais deram total ciência ao contribuinte acerca das irregularidades evidenciadas, inclusive por meio da Notificação nº 01041747/2017.

Também restou evidenciado que a autuada se manifestou sobre a matéria (fls. 33, 35 e 36), requerendo, inclusive, prorrogação de prazo para “*verificação integral das notas (fls. 33)*” e para entrar “*em contato com os fornecedores para melhor verificar a situação de todas as notas (fls. 35)*”.

Com efeito, a descrição genérica do fato infringente, assim como a falta de elementos que possibilitem o acusado extrair as informações necessárias para compreender, de forma plena, a acusação que pesa contra si, são inadmissíveis em um lançamento de ofício e, *ipso facto*, não deve ser reconhecido como válido no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua totalidade quando, ao sujeito passivo, é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

A 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, em virtude da ausência de elementos que possibilitem o entendimento acerca da acusação que está sendo imputada ao denunciado, é medida que se impõe como forma de buscar a justiça fiscal.

Ocorre que, diferentemente do que assevera a recorrente, o seu direito à ampla defesa e ao contraditório não foram violados.

Como se pode extrair dos autos, as provas produzidas pelas agentes fazendárias são robustas, detalhadas e suficientemente claras para garantir, à parte, condições plenas para identificar os elementos que serviram de esteio para as acusações estampadas no Auto de Infração.

Importa pontuarmos que, mesmo na hipótese de as informações analíticas não terem sido recepcionadas pelo contribuinte quando tomou ciência do Auto de Infração, este fato, por si só, não implica nulidade, uma vez que, à parte interessada, é facultado requerer, à repartição fiscal de seu domicílio, cópia integral do Processo Administrativo Tributário em que é parte interessada, nos termos do artigo 64 da Lei nº 10.094/13, *in verbis*:

Art. 64. Ao sujeito passivo ou ao seu representante legal é facultado examinar o processo no recinto das repartições em que tiver curso, observado o seguinte:

I - o sujeito passivo ou seu representante legal poderá requerer cópia de Processo Administrativo Tributário do qual seja parte;

II - o chefe da repartição preparadora poderá autorizar que servidor acompanhe o requerente para reprodução de cópia do processo em estabelecimento prestador de tal serviço.

O dispositivo acima reproduzido tem, como propósito primordial, atender ao princípio do devido processo legal, garantindo, ao administrado, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ao discorrer acerca das denúncias, o nobre julgador fiscal inicia nos seguintes termos:

“Por sua vez, a legislação de regência do ICMS determina a constituição do crédito tributário com a multa por infração quando constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, tanto no caso de aquisição de mercadorias para o ativo fixo quanto para o uso e consumo, motivo pelo qual, encontra-se correta a descrição do fato gerador bem como a comprovação da infração por meio da planilha anexada às fls. 14 a 17.”

Depois, passa ao exame da acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios.

Neste ponto, merece destaque o seguinte fragmento da sentença monocrática:

“A inexistência de escrituração nos livros próprios das operações de entradas de mercadorias permite a aplicação da presunção de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ou seja, não se está constituindo o lançamento relativo a este conjunto de notas, nas sim do evento passado, tornando-se irrelevante para o deslinde da questão a confirmação do recolhimento dos impostos relativos ao conjunto de notas identificadas no procedimento fiscal.”

Ainda que entendamos esteja claramente demonstrada a inexistência de inovação na fundamentação da decisão recorrida, buscaremos clarificar a matéria, vez que o contribuinte despendeu parte significativa do seu recurso voluntário advogando que o julgador fiscal teria introduzido nova infração e fundamentação ao procedimento adotado pela recorrente.

Conforme já relatado, as auditoras fiscais responsáveis pela autuação fizeram constar, como partes integrantes do Auto de Infração, três demonstrativos, estando cada um deles associado a uma infração descrita na inicial.

No caso dos dois primeiros demonstrativos, foram listados documentos fiscais de aquisição que, além de não estarem lançados na escrita fiscal/contábil da empresa, se referem a aquisições de bens destinados a integrar o ativo fixo do estabelecimento (fls. 14 e 15) e de produtos para uso e/ou consumo (fls. 16 e 17).

Pois bem. Com relação aos documentos relacionados nos referidos demonstrativos, está sendo exigido o ICMS – diferencial de alíquota sobre as operações por eles acobertadas.

Em relação ao terceiro demonstrativos (fls. 18 a 31), conforme bem explicado na decisão recorrida, *“não se está constituindo o lançamento relativo a este conjunto de notas, mas sim a eventos passados.”*

No que concerne às omissões de saídas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, é necessário atentarmos que, no caso de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza a presunção de que todas as operações/prestações omitidas eram tributáveis.

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações/prestações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias e/ou serviços tributáveis, cabendo ao contribuinte o ônus de provar o contrário.

Neste sentido, torna-se irrelevante, para o caso em tela, a efetiva destinação dos produtos adquiridos (revenda, uso, consumo, matéria-prima, ativo imobilizado, etc.), bem como o regime tributário a que estão submetidos os itens relacionados nas notas fiscais não registradas pela empresa (tributação normal, isentas, sujeitas à substituição tributária, etc.).

Isto porque não se busca tributar as mercadorias adquiridas. O que se almeja é alcançar as operações e/ou prestações pretéritas que se encontram à margem da tributação, cujas receitas possibilitaram a aquisição dos produtos consignados nas notas fiscais não escrituradas.

Essa é a inteligência do artigo 646 do RICMS/PB. Não esqueçamos que se trata de uma presunção.

Nas palavras de Maria Rita Ferragut², *“como proposição prescritiva, presunção é norma jurídica deonticamente incompleta (norma lato sensu), de natureza probatória que, a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário, fato diretamente conhecido, fato implicante), implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indiciado, fato indiretamente conhecido, fato implicado). Constitui-se, com isso, numa relação, vínculo jurídico que se estabelece entre o fato indiciário e o aplicador da norma, conferindo-lhe o dever e o direito de construir indiretamente um fato. Já como ficto, presunção é o conseqüente da proposição (conteúdo do conseqüente do enunciado prescritivo), que relata um*

² FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, p. 62.

evento de ocorrência fenomênica provável e passível de ser refutado mediante apresentação de provas contrárias.”

Observa-se que as notas fiscais que constam nos dois primeiros demonstrativos, também estão presentes no terceiro. E não poderia ser diferente, uma vez que a fiscalização, ao tempo que identificou a ausência de escrituração de diversos documentos fiscais nos livros próprios da empresa (passando a exigir o ICMS e a multa devidos em relação às operações/prestações pretéritas com permissivo dos artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do RICMS/PB), também verificou que, dentre as mercadorias adquiridas, havia algumas sobre as quais incidem o ICMS – diferencial de alíquotas.

Quando da análise individualizada das acusações, detalharemos os dispositivos legais aplicados à matéria, de forma a atestar que, diferentemente do que entendera a recorrente, o julgador singular **não** se arvorou de competência funcional que não lhe é destinada, **não** introduziu nova infração, **não** alterou critérios jurídicos anteriormente adotados e **não** tolheu o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição. Ao contrário, agiu dentro dos contornos legais e em total observância ao que dispõe o ordenamento jurídico.

Não há, portanto, que se falar em nulidade da decisão recorrida.

Também não sustenta o argumento da defesa no sentido de que os lançamentos teriam sido realizados em afronta aos incisos III e IV do artigo 14 da Lei nº 10.094/13³.

Isso porque os elementos essenciais para determinar a matéria objeto das exigências tributárias estão claramente delineados nos autos, inclusive com indicações precisas dos documentos fiscais que embasaram as denúncias.

De mais a mais, nos demonstrativos que formam o conteúdo probatório e que são partes integrantes do Auto de Infração, constam todas as notas fiscais que deram azo aos lançamentos, estando todas elas associadas a suas respectivas chaves de acesso, possibilitando ao sujeito passivo conhecer, de forma inequívoca, os fatos que motivaram as exações em tela, inclusive com informações acerca das bases de cálculo e do ICMS devido.

Retomaremos o tema quando do exame individualizado das denúncias, ocasião em que reproduziremos o teor dos dispositivos assinalados no campo “Enquadramento Legal” do Auto de Infração.

0243 – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO) e 0245 – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO)

³ Art. 14. São nulos:

(...)

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

Segundo assentado no Auto de Infração em exame, a recorrente teria deixado de recolher o ICMS – diferencial de alíquotas quando da aquisição de bens destinados ao ativo fixo, bem como quando da entrada de produtos para uso e/ou consumo do estabelecimento.

Em razão dos fatos descritos, recaiu sobre a autuada a denúncia de haver infringido os artigos 106, II, “c” e § 1º c/c art. 2º, § 1º, IV; art. 3º, XIV e art. 14, X, todos do RICMS/PB, *in verbis*⁴:

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal ou contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL;

Nova redação dada a alínea “c” do inciso II do “caput” do art. 106 pelo inciso II do art. 1º do Decreto nº 35.604/14 - DOE de 29.11.14.

OBS: Ficam convalidados os procedimentos adotados com base nas disposições contidas no Decreto nº 35.604/14 no período de 01.08.14 a 29.11.14.

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

(...)

§ 1º O recolhimento previsto na alínea “e” do inciso I, e nas alíneas “c” e “d” do inciso II, será o resultante da diferença de alíquota.

Nova redação dada ao § 1º do art. 106 pelo inciso III do art. 1º do Decreto nº 35.604/14 - DOE de 29.11.14.

OBS: Ficam convalidados os procedimentos adotados com base nas disposições contidas no Decreto nº 35.604/14 no período de 01.08.14 a 29.11.14.

§ 1º O recolhimento previsto nas alíneas “c” e “d” do inciso II do “caput” deste artigo, será o resultante da diferença de alíquota.

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

⁴ Redações vigentes à época dos fatos.

(...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

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

(...)

X - na hipótese do inciso XIV do art. 3º, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem;

Nova redação dada ao inciso X do “caput” do art. 14 pelo inciso II do art. 1º do Decreto nº 36.213/15 - DOE de 01.10.15. Efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

X - na hipótese do inciso XIV do “caput” do art. 3º, o valor da operação;

Com vistas a comprovar a inexistência das diferenças tributáveis apontadas pela auditoria, a recorrente, não obstante o detalhamento das provas anexadas aos autos e a relação exemplificativa dos produtos apresentada pelo julgador monocrático às fls. 199⁵, insiste em afirmar desconhecer as operações que teriam motivado os lançamentos e, assim como fizera em sua impugnação, volta a declarar que *“pressupondo-se que os valores exigidos decorrem de operações de aparelhos celulares e cartões inteligentes para comercialização, não há que se acatar a alegação do Fisco de falta de recolhimento dos tributos, vez que houve efetivo pagamento do ICMS devido por substituição tributária no caso das aquisições realizadas pela recorrente nos termos do Convênio ICMS 135/06 e do artigo 1º do Decreto nº 28.057/2007.”*

Alega, ainda, que não há incidência de ICMS nas operações de simples remessa e troca em garantia, nem sobre as transferências de bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

Se por um lado, as auditoras fiscais tiveram a diligência de explicitar todos os documentos fiscais que deram origem aos lançamentos; por outro, caberia à denunciada a tarefa de analisá-los de forma minuciosa e apontar, objetivamente, quaisquer inconsistências e/ou equívocos cometidos pela fiscalização.

Não foi isso que ocorreu. Optou a recorrente por se manifestar de forma genérica, sem explicitar, nas planilhas juntadas às fls. 14 a 17, quais os produtos e/ou operações sobre as quais a legislação tributária não estabelece a possibilidade de exigência do ICMS – diferencial de alíquotas, mesmo diante das considerações feitas pela instância prima quanto às provas e aos produtos adquiridos.

⁵ Cabo, modem, espelho cego e laço pré-formado p/ mensageiro.

Em relação ao ônus da prova, o artigo 56 da Lei nº 10.094/13, ao disciplinar a matéria, assim estabeleceu:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Esta foi a fórmula encontrada pelos sistemas processuais jurídicos e administrativos como forma de subsidiar o julgador na tomada de decisões que visem à busca da justiça.

Não se trata de uma obrigação, mas sim de um ônus. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

No sistema processual brasileiro, a distribuição do ônus da prova incumbe:

- a) Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sendo assim, ante a ausência de provas aptas a desconstituir os lançamentos, ratifico os termos da sentença monocrática, que decidiu pela procedência dos valores lançados a título de ICMS – diferencial de alíquotas, bem como das multas aplicadas com fulcro no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96:

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

(...) de Fevereiro de 1832

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;

0009 – FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS

Além de caracterizar descumprimento de obrigação acessória, a falta de escrituração de documentos fiscais de entradas pode ganhar contornos mais amplos. Isto porque a legislação tributária do Estado da Paraíba incluiu esta conduta no rol daquelas que autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis e/ou realização de prestações de serviços tributáveis sem recolhimento do imposto devido.

RICMS/PB⁶: Vejamos o que estabelecem os artigos 3º, § 8º, da Lei nº 6.379/96 e 646 do

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

RICMS/PB:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

Nova redação dada ao art. 646 pelo art. 1º do Decreto nº 33.047/12 (DOE de 23.06.12).

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

⁶ Redações vigentes à época dos fatos.

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso. (g. n.)

A constatação desta omissão levou a fiscalização a indicar, no campo “Enquadramento Legal” do Auto de Infração, que a conduta infracional do contribuinte teria afrontado o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias; (g. n.)

Para o caso em apreço, foi proposta a aplicação da penalidade contida no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Não podemos olvidar que a autuada possui, como atividade econômica, a prestação de SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA COMUTADA STFC (ICMS) – CNAE 6110-8/01.

Ainda que o artigo 646 do RICMS/PB autorize a fiscalização a presumir que a ausência de escrituração de notas fiscais de entradas configura omissão de saídas de mercadorias tributáveis e/ou a prestação de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto

devido, à autuada não se aplicam os artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB, mas sim as disposições relativas a **Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações**.

Registre-se, por oportuno, que, na Nota Explicativa referente à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, foi exarada a seguinte informação: “**OBS: A EMPRESA TEM COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EXCLUSIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.**” (g. n.)

Para nos certificarmos do fato, realizamos consulta ao Sistema ATF da SEFAZ/PB⁷ relativamente ao período de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2016 e constatamos as informações econômico-fiscais abaixo relacionadas:

RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS (ENTRADAS) - PERÍODO: 01/2012 A 12/2016						
CFOP	Descrição CFOP	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	ICMS (R\$)	Base de Cálculo ICMS ST (R\$)	ICMS ST (R\$)
1205	ANULACAO DE VALOR RELATIVO A PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO	-	-	-	-	-
1255	COMPRA DE ENERGIA ELETTRICA POR ESTABELECIMENTO PRESTADOR DE SERVICO DE COMUNICAC	4.844.644,96	2.749.620,03	687.447,74	-	-
1301	AQUISICAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	14.120.678,86	860.639,40	254.141,19	-	-
1354	AQUISICAO DE SERVICO DE TRANSPORTE POR ESTABELECIMENTO DE PRESTADOR DE SERVICO D	4.144,70	2.140,05	256,80	-	-
1551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	110.052,48	-	-	-	-
1552	TRANSFERENCIA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	16.719.298,92	-	-	-	-
1554	RETORNO DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO REMETIDO PARA USO FORA DO ESTABELECIMENTO	29.052.257,43	-	-	-	-
1556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	285.095,77	-	-	-	-
1557	TRANSFERENCIA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	206.804,22	-	-	-	-
1909	RETORNO DE BEM REMETIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	6.792.194,35	-	-	-	-
1916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONSERTO OU REPARO	5.542,21	-	-	-	-
1933	AQUISIÇÃO DE SERVIÇO TRIBUTADO PELO ISSQN	8.572,14	-	-	-	-
1949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADA	11.657,04	10.741,64	1.826,08	-	-
2301	AQUISICAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	346.994,08	3.946,69	1.105,07	-	-
2354	AQUISICAO DE SERVICO DE TRANSPORTE POR ESTABELECIMENTO DE PRESTADOR DE SERVICO D	4.920.819,39	502.816,91	42.590,30	-	-
2551	COMPRA DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO	26.652.758,26	-	-	-	-
2552	TRANSFERENCIA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	81.293.220,13	-	-	-	-
2554	RETORNO DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO REMETIDO PARA USO FORA DO ESTABELECIMENTO	3.741.077,75	3.741.077,75	448.930,08	-	-
2555	ENTRADA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO DE TERCEIRO, REMETIDO PARA USO NO ESTABELECI	130.197,74	6.710,18	469,71	-	-
2556	COMPRA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	914.617,51	-	-	-	-
2557	TRANSFERENCIA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO	571.336,23	-	-	-	-
2906	RETORNO DE MERCADORIA REMETIDA PARA DEPOSITO FECHADO OU ARMAZEM GERAL	341.335,16	341.335,16	40.960,31	-	-
2908	ENTRADA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	168.837,54	-	-	-	-
2909	RETORNO DE BEM REMETIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	421,94	-	-	-	-
2916	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM REMETIDO PARA CONSERTO OU REPARO	11.532.879,77	-	-	-	-
2923	ENTRADA DE MERCADORIA RECEBIDA DO VENDEDOR REMETENTE, EM VENDA A ORDEM	6.043,06	-	-	-	-
2933	AQUISIÇÃO DE SERVIÇO TRIBUTADO PELO ISSQN	134.119,78	-	-	-	-
2949	OUTRA ENTRADA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADO	2.262.658,10	2.212.553,68	201.861,88	-	-

RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS (SAÍDAS) - PERÍODO: 01/2012 A 12/2016						
CFOP	Descrição CFOP	Valor Contábil (R\$)	Base de Cálculo ICMS (R\$)	ICMS (R\$)	Base de Cálculo ICMS ST (R\$)	ICMS ST (R\$)
5301	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	12.410.971,06	15.701,10	-	-	-
5303	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL	60.922.093,05	53.262.161,35	15.942.233,31	37.638,17	10.129,26
5307	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO A NAO CONTRIBUINTE	270.951.336,96	185.776.207,79	55.726.026,13	8.422,84	2.526,65

⁷ Fonte: Dossiê do Contribuinte do Sistema ATF da SEFAZ/PB.

5552	TRANSFERENCIA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	16.717.080,84	-	-	-	-
5554	REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOB PARA USO FORA DO ESTAB	126.863.622,79	-	-	-	-
5557	TRANSFERENCIA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	206.804,22	-	-	-	-
5908	REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	12.896.258,43	-	-	-	-
5910	REMESSA EM BONIFICACAO, DOACAO OU BRINDE	2.543,67	-	-	-	-
5915	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA CONserto OU REPARO	5.542,21	-	-	-	-
5949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADO	105.722,08	10.741,64	1.826,08	-	-
6301	PRESTACAO DE SERVICO DE COMUNICACAO PARA EXECUCAO DE SERVICO DA MESMA NATUREZA	591.621,47	-	-	-	-
6552	TRANSFERENCIA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO	28.202.502,51	15.052.874,37	1.786.407,32	-	-
6554	REMESSA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO PARA USO FORA DO ESTABELECIMENTO	3.758.095,51	3.758.095,51	450.972,21	-	-
6557	TRANSFERENCIA DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO	155.888,80	155.888,80	16.260,63	-	-
6905	REMESSA PARA DEPOSITO FECHADO OU ARMAZEM GERAL	225.540,64	225.540,64	27.064,90	-	-
6909	RETORNO DE BEM RECEBIDO POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO	28.824,21	-	-	-	-
6913	RETORNO DE MERCADORIA OU BEM RECEBIDO PARA DEMONST	126.458,58	126.458,58	15.175,03	-	-
6915	REMESSA DE MERCADORIA OU BEM PARA CONserto OU REPARO	12.724.718,12	-	-	-	-
6949	OUTRA SAIDA DE MERCADORIA OU PRESTACAO DE SERVICO NAO ESPECIFICADO	2.301.373,73	2.301.373,73	211.900,53	-	-

Destarte, não bastasse a declaração expressa da fiscalização, as informações econômico-fiscais acima reproduzidas ratificam que o contribuinte não exerceu (ou ao menos não restou comprovado), no período em questão, atividades de vendas de mercadorias, o que afasta a possibilidade de que tenha afrontado as disposições dos artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB.

A indicação imprecisa dos artigos infringidos impõe o reconhecimento da nulidade dos lançamentos relativos à acusação em exame, nos termos do que prescreve o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13:

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei⁸, 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. (g. n.)

Ressalte-se que, apesar do defeito de forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório em exame. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização

⁸ **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.

proceda à lavratura de outra peça acusatória, em observância ao que estabelecem os artigos 18 da Lei nº 10.094/13 e 173, II, do Código Tributário Nacional:

Lei nº 10.094/13:

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Código Tributário Nacional:

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.

Diante de todo o exposto, em observância ao princípio da legalidade, reformo, de ofício, a decisão recorrida, declarando nulos, por vício formal, os lançamentos efetuados a título de FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.

Sobre a matéria, o Conselho de Recursos Fiscais já se manifestou neste sentido em diversas oportunidades. A título exemplificativo, reproduzo a ementa do Acórdão nº 186/2020, da lavra da Conselheira Dayse Annyedja Gonçalves Chaves.

Acórdão nº 186/2020:

Processo nº 0900942017-5

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

RECORRIDA: AZEVEDO CRUZ TRANSPORTES LTDA

PREPARADORA: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA 3ª REGIÃO

AUTUANTE: WILTON CAMELO DE SOUZA

RELATORA: CONSª. DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO

- Em sendo o contribuinte empresa transportadora, a presunção relativa do art. 646 do RICMS/PB, refere-se à realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, devendo constar como dispositivos infringidos os enunciados normativos próprios que cuidam do Conhecimento de Transporte Eletrônico.

- Operações interestaduais com mercadorias destinadas ao uso, consumo e imobilizado dão origem à obrigação de recolhimento do ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS, in casu, a autuada afirma que os bens são destinados ao uso consumo da empresa, nada alegando quanto à ausência do recolhimento do ICMS DIFAL.

Quanto à alegação de que a penalidade imputada é desproporcional e desarrazoada, destacamos que a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do que preceitua o artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Ademais, a matéria já foi sumulada, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis. Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico, em 19 de novembro de 2019:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nº: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019;294/2018; 186/2019; 455/2019).

Enfrentadas todas as questões necessárias à solução da contenda e realizadas as correções necessárias, tem-se que o crédito tributário efetivamente devido pela recorrente apresentou a composição estampada na tabela a seguir:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
		ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO (R\$)
0243 - DIFERENCIAL DE	jun/12	2.007,63	1.003,82	0,00	0,00	2.007,63	1.003,82	3.011,45

ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O ATIVO FIXO DO ESTAB.)	ago/12	2.066,74	1.033,37	0,00	0,00	2.066,74	1.033,37	3.100,11
	jan/13	76,51	38,26	0,00	0,00	76,51	38,26	114,77
	abr/13	581,94	290,97	0,00	0,00	581,94	290,97	872,91
	jul/13	9,40	4,70	0,00	0,00	9,40	4,70	14,10
	ago/13	50,06	25,03	0,00	0,00	50,06	25,03	75,09
	set/13	121,59	60,80	0,00	0,00	121,59	60,80	182,39
	out/13	28.115,92	14.057,96	0,00	0,00	28.115,92	14.057,96	42.173,88
	nov/13	155,80	77,90	0,00	0,00	155,80	77,90	233,70
	fev/14	18,78	9,39	0,00	0,00	18,78	9,39	28,17
	ago/14	79,50	39,75	0,00	0,00	79,50	39,75	119,25
	mar/15	2.929,20	1.464,60	0,00	0,00	2.929,20	1.464,60	4.393,80
	abr/15	400,44	200,22	0,00	0,00	400,44	200,22	600,66
	jun/15	1.508,48	754,24	0,00	0,00	1.508,48	754,24	2.262,72
	ago/15	1.939,40	969,70	0,00	0,00	1.939,40	969,70	2.909,10
	set/15	655,32	327,66	0,00	0,00	655,32	327,66	982,98
	out/15	13.575,78	6.787,89	0,00	0,00	13.575,78	6.787,89	20.363,67
	mar/16	1.856,88	928,44	0,00	0,00	1.856,88	928,44	2.785,32
abr/16	279,57	139,79	0,00	0,00	279,57	139,79	419,36	
0245 - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.)	mai/12	34,50	17,25	0,00	0,00	34,50	17,25	51,75
	ago/12	266,58	133,29	0,00	0,00	266,58	133,29	399,87
	fev/13	15,42	7,71	0,00	0,00	15,42	7,71	23,13
	dez/13	317,50	158,75	0,00	0,00	317,50	158,75	476,25
	out/14	85,90	42,95	0,00	0,00	85,90	42,95	128,85
	nov/14	3,32	1,66	0,00	0,00	3,32	1,66	4,98
	dez/14	104,44	52,22	0,00	0,00	104,44	52,22	156,66
	jan/15	185,18	92,59	0,00	0,00	185,18	92,59	277,77
	mar/15	275,86	137,93	0,00	0,00	275,86	137,93	413,79
	abr/15	89,37	44,69	0,00	0,00	89,37	44,69	134,06
	jun/15	65,35	32,67	0,00	0,00	65,35	32,67	98,02
	jul/15	39,07	19,54	0,00	0,00	39,07	19,54	58,61
	set/15	19,88	9,94	0,00	0,00	19,88	9,94	29,82
	out/15	31,43	15,72	0,00	0,00	31,43	15,72	47,15
	dez/15	48,58	24,29	0,00	0,00	48,58	24,29	72,87
	mar/16	48,77	24,39	0,00	0,00	48,77	24,39	73,16
	abr/16	64,80	32,40	0,00	0,00	64,80	32,40	97,20
mai/16	24,60	12,30	0,00	0,00	24,60	12,30	36,90	
jun/16	20,49	10,25	0,00	0,00	20,49	10,25	30,74	
0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS	mai/12	96,60	96,60	96,60	96,60	0,00	0,00	0,00
	jun/12	5.750,02	5.750,02	5.750,02	5.750,02	0,00	0,00	0,00
	jul/12	7,29	7,29	7,29	7,29	0,00	0,00	0,00
	ago/12	12.431,37	12.431,37	12.431,37	12.431,37	0,00	0,00	0,00
	set/12	360,64	360,64	360,64	360,64	0,00	0,00	0,00
	out/12	108,16	108,16	108,16	108,16	0,00	0,00	0,00
	nov/12	221,50	221,50	221,50	221,50	0,00	0,00	0,00
	jan/13	341,54	341,54	341,54	341,54	0,00	0,00	0,00
	fev/13	106,39	106,39	106,39	106,39	0,00	0,00	0,00
	abr/13	1.657,29	1.657,29	1.657,29	1.657,29	0,00	0,00	0,00
	mai/13	130,23	130,23	130,23	130,23	0,00	0,00	0,00
	jun/13	41,11	41,11	41,11	41,11	0,00	0,00	0,00
	jul/13	52,62	52,62	52,62	52,62	0,00	0,00	0,00
	ago/13	482,04	482,04	482,04	482,04	0,00	0,00	0,00
	set/13	783,58	783,58	783,58	783,58	0,00	0,00	0,00
	out/13	78.769,99	78.769,99	78.769,99	78.769,99	0,00	0,00	0,00
	nov/13	9.486,36	9.486,36	9.486,36	9.486,36	0,00	0,00	0,00
	dez/13	889,00	889,00	889,00	889,00	0,00	0,00	0,00
	jan/14	1.041,03	1.041,03	1.041,03	1.041,03	0,00	0,00	0,00
	fev/14	52,58	52,58	52,58	52,58	0,00	0,00	0,00
	jun/14	114,74	114,74	114,74	114,74	0,00	0,00	0,00
	ago/14	222,60	222,60	222,60	222,60	0,00	0,00	0,00
	out/14	240,52	240,52	240,52	240,52	0,00	0,00	0,00
	nov/14	9,30	9,30	9,30	9,30	0,00	0,00	0,00
	dez/14	292,43	292,43	292,43	292,43	0,00	0,00	0,00
	jan/15	812,63	812,63	812,63	812,63	0,00	0,00	0,00
	fev/15	281,40	281,40	281,40	281,40	0,00	0,00	0,00
mar/15	9.321,66	9.321,66	9.321,66	9.321,66	0,00	0,00	0,00	
abr/15	1.702,83	1.702,83	1.702,83	1.702,83	0,00	0,00	0,00	
jun/15	4.406,73	4.406,73	4.406,73	4.406,73	0,00	0,00	0,00	

jul/15	881,36	881,36	881,36	881,36	0,00	0,00	0,00
ago/15	8.257,41	8.257,41	8.257,41	8.257,41	0,00	0,00	0,00
set/15	4.152,68	4.152,68	4.152,68	4.152,68	0,00	0,00	0,00
out/15	40.493,35	40.493,35	40.493,35	40.493,35	0,00	0,00	0,00
nov/15	830,41	830,41	830,41	830,41	0,00	0,00	0,00
dez/15	791,24	791,24	791,24	791,24	0,00	0,00	0,00
mar/16	5.335,83	5.335,83	5.335,83	5.335,83	0,00	0,00	0,00
abr/16	964,24	964,24	964,24	964,24	0,00	0,00	0,00
mai/16	68,89	68,89	68,89	68,89	0,00	0,00	0,00
jun/16	57,37	57,37	57,37	57,37	0,00	0,00	0,00
TOTAIS (R\$)	250.216,94	221.131,99	192.046,96	192.046,96	58.169,98	29.085,03	87.255,01

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento. Contudo, em observância ao princípio da legalidade e à jurisprudência do CRF-PB, reformo, de ofício, a decisão singular e julgo parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000853/2017-35, lavrado em 20 de abril de 2017 contra a empresa GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 87.255,01 (oitenta e sete mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e um centavo), sendo R\$ 58.169,98 (cinquenta e oito mil, cento e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos) de ICMS por infringência ao artigo 106, II, “c” e § 1º c/c os artigos 2º, § 1º, IV; 3º, XIV e 14, X, todos do RICMS/PB e R\$ 29.085,03 (vinte e nove mil, oitenta e cinco reais e três centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo o montante de R\$ 384.093,92 (trezentos e oitenta e quatro mil, noventa e três reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 192.046,96 (cento e noventa e dois mil, quarenta e seis reais e noventa e seis centavos) de ICMS e R\$ 192.046,96 (cento e noventa e dois mil, quarenta e seis reais e noventa e seis centavos) de multa.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão do vício formal evidenciado.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 29 de abril de 2021.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator