



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

Processo Nº107.235.2015-1

Recursos HIE/VOL/CRF Nº125/2016

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP

1ªRecorrida:TNL PCS S.A.

2ªRecorrente:TNL PCS S.A.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP.

Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER.REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuantes:JOÃO ELIAS COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA.

Relatora:CONS.ª DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. PEÇA DE DEFESA EXÓGENA AO PROCESSO. NULIDADE DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Deve ser reconhecida a nulidade da decisão “a quo”, tendo em vista que restou comprometido o direito de defesa e do contraditório do sujeito passivo, diante da comprovação de que fora juntada aos autos, equivocadamente pela Repartição Preparadora, peça de defesa exógena ao presente processo, cabendo a inclusão da correta peça reclamatória a cargo da Repartição Fiscal.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e *provemento* do segundo, para anular, por cerceamento de defesa, a sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00001196/2015-81, lavrado em 30/7/2015, contra a empresa TNL PCS S/A, inscrição estadual nº 16.132.064-3.

Determino o retorno do processo à repartição de origem para que seja cientificado o contribuinte da presente decisão e anexada a correta peça de defesa do sujeito passivo. Em seguida, os autos deverão ser encaminhados à GEJUP para a devida apreciação.

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 21 de dezembro de 2017.

Doriclécia do Nascimento Lima Pereira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001196/2015-81, lavrado em 30/7/2015, contra a empresa TNL PCS S/A, inscrição estadual nº 16.132.064-3, com ciência pessoal, em 31/7/2015, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2007 e 31/12/2009, consta a seguinte denúncia:

Descrição da Infração:

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO) EM VIRTUDE DE APURAÇÃO INCORRETA DO CRÉDITO FISCAL >> Falta de recolhimento do ICMS, em virtude de o contribuinte ter aproveitado o crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo fixo, em montante superior ao devido, tendo em vista a inobservância da correta forma para a apuração do imposto em cada período.

Nota Explicativa:

A REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA OCORREU DEVIDO À EXCLUSÃO NO CÁLCULO EFETUADO, SEM AMPARO LEGAL, DE VALORES DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DO TOTAL DE SAÍDAS E DO TOTAL DE SAÍDAS TRIBUTADAS, E DE INCLUSÃO INDEVIDA NA BASE DE CREDITAMENTO DO CIAP DE VALORES DE ICMS ORIUNDO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO ALHEIAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS ORIUNDO DE PRESTAÇÕES ICMS, DE MODO QUE OS VALORES TOMADOS A CRÉDITO FORAM MAIORES QUE OS PERMITIDOS PELA LEGISLAÇÃO. OS LEVANTAMENTOS FORAM EFETUADOS TOMANDO-SE POR BASE O CIAP APRESENTADO PELA EMPRESA. OS VALORES APONTADOS NOS DEMONSTRATIVOS ANEXOS, COMO RESULTANTES DA RECONSTITUIÇÃO DO CIAP, PARA FINS DE AUTUAÇÃO, NÃO SOFRERAM ALTERAÇÕES DA CONTA GRÁFICA DO ICMS, HAJA VISTA A ININTERRUPTA OCORRÊNCIA DE SALDOS DEVEDORES EM TODO O PERÍODO FISCALIZADO.

Foi dado como infringido o artigo 78, I, II e III, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96. E apurado um crédito tributário no valor de R\$ 889.972,62 sendo R\$ 323.626,40, de ICMS, R\$ 323.626,40, de multa por infração, e R\$ 242.719,82, de multa recidiva.

Juntado ao processo reclamação da TELEMAR NORTE NORDESTE S/A, referente ao Auto de Infração nº 93300008.09.00001208/2015-78 (fls. 24-38).

Com informação de constarem antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 2164) e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foi distribuído para o julgador, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 840.700,24, sendo R\$ 323.346,25, de ICMS, R\$ 323.346,25, de multa por infração e R\$ 194.007,74, de multa recidiva, recorrendo hierarquicamente ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 2/3/2016, AR (fl. 2182), a autuada, através de advogados, protocolou recurso voluntário, perante este Colegiado, em 30/3/2016 (fls. 2185-2201).

No recurso, após um breve relato dos fatos, a recorrente discorre sobre os seguintes pontos:

Argui a nulidade da sentença de primeira instância por cerceamento de defesa, em razão de a instância singular ter apreciado recurso de outra empresa, juntado equivocadamente pela repartição fiscal ao presente processo.

Diz que as receitas correspondentes às rubricas “DETRAF” devem ser incluídas no numerador por constituírem cessão de meios de rede (DETRAF, interconexão, EILD, e FxF ou FxM LDN), operações não sujeitas à incidência do ICMS.

Adita que as operações de cessão de meios de rede consistem na prestação de serviços de comunicação de dados entre usuários estabelecidos em unidades da federação distintas, onde uma operadora de serviços de comunicação utiliza-se da rede de outra operadora, situada em estado diverso, para completar a operação.

E que estão as referidas prestações estão disciplinadas pelo Convênio 126/98, se sujeitando à incidência do ICMS, de forma diferida, e, por cont disso, devem ser incluídas no numerador da equação do CIAP.

Em seguida, considera que as receitas estranhas à atividade da empresa, descritas na planilha do Anexo 6, como as operações de remessa de bens para reparo e conserto e transferências de ativo imobilizado, devem ser excluídas do denominador da fração.

Afirma que o cálculo do fator de creditamento do CIAP está sendo feito de forma equivocada, pelo regime de caixa, no entanto, a apropriação passou a ser feita pelo regime de competência, em observância ao art. 20, § 5º, I, da Lei Complementar nº 87/96.

Declara que foi penalizada com multa recidiva no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), sem que fosse apontada a fundamentação legal para tanto.

Sucessivamente, alega o caráter confiscatório da multa cominada.

Por fim, requer: i) que o presente recurso seja recebido com efeito suspensivo, ii) que seja determinada a realização de perícia para a apuração do crédito do ativo permanente, iii) que seja julgado procedente o recurso com o cancelamento do auto de infração, iv) que seja relevada a multa por reincidência e que a multa por infração seja reduzida ao percentual de 100% (cem por cento).

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame os recursos hierárquico e voluntário interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001196/2015-81, lavrado em 30/7/2015, contra a empresa em epígrafe, por reconhecer a configuração parcial da infração de falta de recolhimento do ICMS, em virtude de o contribuinte ter aproveitado o crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo fixo, em montante superior ao devido, tendo em vista a inobservância da correta forma para a apuração do imposto em cada período.

Antes de adentrar o mérito da demanda, faz-se necessário observar a preliminar arguida pela empresa autuada quanto à nulidade da decisão da instância prima, pois, no seu sentir, teria ocorrido cerceamento de defesa, vez que a sentença foi proferida analisando Reclamação relativa a processo diverso e juntada, equivocadamente, ao presente.

De fato, compulsando os autos, observa-se uma Declaração emitida em 30/3/2016 pela Repartição Preparadora, constante às fls. 2.183 dos autos, cujo teor atesta a veracidade das arguições da defesa, isto é, conclui pela juntada da Reclamação/Impugnação equivocada ao procedimento administrativo ora debatido.

Diante de tal constatação, assiste razão à recorrente, pois o cerceamento de defesa materializou-se pela ausência da apreciação de sua peça impugnatória pela primeira instância, motivada por equívoco administrativo, que não juntou esta ao presente processo, mas a outro decorrente de outras acusações inerentes ao mesmo contribuinte.

Neste sentido é o entendimento recentemente exarado por esta Corte Administrativa em situação análoga, senão vejamos:

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ACOLHIMENTO. PEÇA DE DEFESA NÃO JUNTADA AOS AUTOS. REVELIA INEXISTENTE. RECLAMAÇÃO NÃO APRECIADA. SENTENÇA MONOCRÁTICA NULA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Comprovado nos autos que a lavratura do Termo de Revelia foi indevida, em razão de, por equívoco da administração, não ter sido juntada a peça reclamatória no processo correto, apesar de tempestiva, mister se faz reconhecer a nulidade da decisão a quo, que julgou o feito fiscal à revelia

do sujeito passivo, tendo em vista que restou comprometido o direito de defesa e do contraditório do contribuinte, assegurado constitucionalmente, devendo a ação fiscal ser submetida a novo julgamento pela instância prima, com nova sequência dos trâmites processuais legais.

(Processo nº 101.142.2013-1, Acórdão nº 325/2016, Recurso /VOL/CRF-668/2014, Relator: Cons. Petronio Rodrigues Lima)

Portanto, evidenciado o vício nos autos por falha administrativa, não restam dúvidas de que houve o cerceamento do direito de defesa, razão pela qual declino o entendimento pela anulação da sentença monocrática.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e *provimento* do segundo, para anular, por cerceamento de defesa, a sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00001196/2015-81, lavrado em 30/7/2015, contra a empresa TNL PCS S/A, inscrição estadual nº 16.132.064-3.

Determino o retorno do processo à repartição de origem para que seja cientificado o contribuinte da presente decisão e anexada a correta peça de defesa do sujeito passivo. Em seguida, os autos deverão ser encaminhados à GEJUP para a devida apreciação.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de dezembro de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora