



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

PROCESSO Nº 170.276.2014-6

Recurso HIE/CRF n.º 396/2016

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida: VIVO S.A.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante(s): MARIA JOSÉ L. DA SILVA E FERNANDA CÉFORA V. BRAZ.

Relator(a) CONSª. MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA. TERMO COMPLEMENTAR DE INFRAÇÃO. DENÚNCIA GENÉRICA. VÍCIO FORMAL CONFIGURADO. TERMO COMPLEMENTAR E AUTO DE INFRAÇÃO NULOS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização configurado na falta de indicação, no auto infracional, dos dispositivos legais especificamente infringidos, situação que se repetiu no Termo Complementar de Infração, neste caso, com a agravante de a descrição do fato, cuja prática se pretendeu imputar ao contribuinte, ter se efetuado de forma genérica e de o autuado ter se colocado revel após a feitura da referida peça complementar de infração, revelando, tais circunstâncias, verdadeiro cerceamento do direito de defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade do lançamento de ofício, dado aos vícios formais que lhe maculam. Cabível a realização de novo feito 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 quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou *nulo* Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002046/2014-04 (fls. 3 e 4), complementado pelo Termo de Infração Complementar (fls. 415 e 416), respectivamente lavrados em 7/11/2014 e 15/6/2015, contra VIVO S.A., contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob nº 16.155.361-3, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário, pelas razões acima expendidas.

Em tempo, determino que seja realizado outro feito fiscal que atenda aos requisitos da legislação de regência, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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 22 de junho de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUE LIMA, JOÃO LICOLN DINIZ BORGES, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de *recurso hierárquico*, interposto contra a decisão monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002046/2014-04 (fls. 3 e 4), lavrado em 7/11/2014, de acordo com o qual o contribuinte autuado, VIVO S/A., é acusado de cometimento da infração que abaixo transcrevo:

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

NOTA EXPLICATIVA: O contribuinte acima qualificado deixou de recolher ICMS aos cofres da Fazenda Estadual, em razão do aproveitamento de créditos fiscais indevidos relativos ao FUNCEP e transferência de saldo credor superior ao efetivamente devido, foram estornados por esta Fiscalização os créditos indevidos e ajustado o saldo credor apropriado mediante reconstituição da

Conta Corrente do ICMS, nos exercícios de 2010, 2012 e 2013, conforme demonstrativo anexos, da seguinte forma:

1 Exercício de 2010: estornamos os créditos fiscais referentes ao FUNCEP nos meses de agosto, outubro e novembro.

2 Exercício de 2011: não detectamos irregularidades, contudo destacamos que o saldo credor apurado no final do exercício, no valor de R\$ 297.401,60, diverge daquele informado pela empresa no SPED Fiscal, que é de R\$ 620.563,72.

3 Exercício de 2012: verificamos que a empresa transferiu saldo credor do ICMS no valor de R\$ 138.521,32, de abril para maio, sendo que o saldo credor efetivo era apenas R\$ 51.910,47, pois no valor de R\$ 138.521,32 (informado pela empresa no SPED Fiscal) estava incluso indevidamente o FUNCEP, na quantia de R\$ 86.610,67.

Além disso, estornamos os créditos indevidos nos meses de julho a dezembro, referentes ao FUNCEP, consoante lançamentos efetuados no SPED Fiscal apresentado pelo contribuinte à Receita Estadual.

4 Exercício de 2013: estornamos os créditos indevidos nos meses de janeiro a junho de 2013, referentes ao FUNCEP, de acordo com os lançamentos efetuados no SPED Fiscal apresentado pelo contribuinte à Receita Estadual. Passam a integrar o presente feito os demonstrativos da Reconstituição da Conta Corrente do ICMS, dos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013, bem como os relatórios relativos ao SPED Fiscal informados pela empresa à Receita Estadual, nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013.

Por considerarem infringido o art. 106 RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, as autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 1.683.282,13, ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária no mesmo importe - R\$ 1.683.282,13 -, além da multa por 1 (uma) recidiva de R\$ 841.641,11, correspondente a 50% do valor da penalidade original, nos termos do art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, perfazendo essas quantias o crédito tributário total de R\$ 4.208.205,37.

Instruem os autos os documentos juntados às fls. 5 - 138.

Regularmente cientificado do resultado da ação fiscal, conforme atesta o Aviso de Recebimento, constante na fl. 141, assinado por seu receptor, em 10/12/2014, deu-se a juntada de documentos requisitados pelo autuado (fls. 143 – 261) e este apresentou defesa, às fls. 264 - 275 (protocolo às fls. 263), representada por advogados habilitados nos autos, (fls. 146 e 147), requerendo, em preliminar, a nulidade do auto infracional, ao fundamento da ocorrência de prejuízo ao seu direito de defesa, acarretada por falta de elementos capazes de proporcionar condições para identificar com exatidão a origem ou o alcance do lançamento de ofício, notadamente porque o auto infracional cita como embasamento da infração dispositivo amplo demais e dissociado da tipificação legal e do detalhamento trazido na Nota Explicativa, o que atrairia a aplicação dos arts. 14, III e IV, 16, 17 e 18 da Lei nº. 10.094/2013, que trata das nulidades em Processo Administrativo Tributário.

Na sequência, após tecer algumas considerações sobre a regularidade dos recolhimentos do ICMS, por ela efetuados no período objeto do auto infracional, alega a ocorrência de efeito confiscatório e desproporcional na penalidade pecuniária constante no referido libelo basilar.

Por fim, pugna pela nulidade do lançamento de ofício, ou, subsidiariamente, pela redução do valor da multa infracional aplicada.

Protesta, ainda, provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente a juntada posterior de documentos e eventual baixa dos autos em diligência, para novo levantamento fiscal.

Junta documentos, às fls. 276 – 403.

Com informação de antecedentes fiscais (fl. 404), os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais (fl.405), de onde retornaram à origem para saneamento e informação (fls. 406 e 407).

Na sequência, às fls. 415 e 416, promoveu-se a juntada de Termo Complementar de Infração, lavrado em 15/6/2015, com denúncia de “Falta de Recolhimento do Imposto Estadual”, cujo valor totaliza R\$ 893.665,94, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, e com proposição de multa por infração, na importância de R\$ 893.665,94, ao fundamento do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Promoveu-se, ainda, a anexação de documento com informação fiscal das autuantes (fls. 411-414), segundo a qual estas detectaram a existência de créditos indevidos de ICMS, que teriam origem em operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da antecipação do pagamento, mediante Substituição Tributária, e em operações de aquisição de bens para uso e/ou consumo e para ativo fixo do estabelecimento, e tendo em vista a repercussão fiscal decorrente dessa atividade do contribuinte, com evidências após os estornos efetuados no reexame fiscal, promoveram à lavratura

do Termo Complementar de Infração, para complementação da carga tributária, dado ao aumento do valor do ICMS inicialmente lançado.

A detecção da irregularidade acima, de acordo com as autuantes, deu-se “posteriormente, prosseguindo à análise da Escrituração Fiscal Digital-EFD dos exercícios de 2010 a 2013, apresentadas ao Fiscal Estadual, constatamos que a empresa se apropriava de créditos fiscais referentes ao Ativo Permanente, mas não apresentava o BLOCO G, por isso tivemos que notificá-la para substituir as EFD’s em referência e informar o BLOCO G”.

Acrescem, ainda que, “... a empresa lançava incorretamente nos DEMONSTRATIVOS DE OUTROS DÉBITOS e OUTROS CRÉDITOS DO ICMS os valores referentes ao ICMS DIFAL ATIVO, ICMS DIFAL USO/CONSUMO E ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”.

Além dessa documentação, naquela oportunidade acostaram demonstrativos do crédito tributário e da Reconstituição da Conta Corrente do ICMS, bem como de valores lançados na EDF, a título de DIFAL e Substituição Tributária, às fls. 417 – 429.

Com comprovação da ciência sobre a lavratura do citado Termo Complementar (AR, de fl. 432) e com informação de antecedentes fiscais da autuada (fl. 430), os autos foram conclusos e remetidos para a GEJUP, onde se verificou sua distribuição à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que inclinou seu entendimento pela nulidade do lançamento de ofício, ao fundamento da existência de vício formal caracterizado mediante a ausência de capitulação legal específica, que acarretou prejuízo ao direito de defesa da autuada e atraiu a aplicação dos arts. 15, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013, conforme sentença, de fls. 435 – 444.

Após a interposição do recurso de ofício a este Colegiado, promoveu-se à notificação da acusada sobre a decisão monocrática, consoante atestam os documentos de fls. 446 e 447.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

O fato a ser discutido por esta relatoria reporta à motivação da decisão da instância singular que anulou o lançamento indiciário em face do vício formal, na conformidade do remato supra.

Dessa realidade, após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, confirmo a existência do mencionado vício de natureza formal, exatamente no que confere à norma legal infringida.

Com efeito, o libelo basilar dá como infringido apenas o art. 106 do RICMS/PB, que se refere apenas a prazos para pagamento do ICMS em hipóteses de variada natureza, circunstância que revela a ausência de subsunção do fato à norma que a Fiscalização entendeu como efetivamente infringida, situação essa que se revela capaz de cercear o direito de defesa da autuada, por não lhe permitir saber objetivamente do que de fato é acusada, apesar de a natureza da infração haver sido perfeitamente identificada no procedimento de apuração da falta, indicativo na narrativa ínsita em Nota Explicativa no libelo basilar e nos documentos que instruem a acusação, como bem ressalta a julgadora singular, nas suas razões de decidir:

“A descrição do fato, acrescida das provas carreadas aos autos, a exemplo dos demonstrativos e dos livros Registro de Apuração, de fato, dão indícios de qual seria a infração, pois denotam que ocorreu uma utilização irregular de valores na Conta Gráfica, uma vez que se referem a pagamento do FUNCEP, implicando em falta de recolhimento de ICMS”.

Todavia, referendando mais uma vez a decisão singular, nesse quesito, essa circunstância não supre a falta de indicação do dispositivo legal infringido, haja vista a exigência da norma quanto ao fato de que o lançamento de ofício deve preencher os requisitos de constituição e validade nela previstos (Aplicação do art. 142 do CTN). Nesse sentido, a Lei Estadual nº 10.094/2013 assim dispõe sobre questões de nulidade:

“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 o 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”

(Grifos não constantes do original).

Dado que a situação em exame se trata de omissão – quanto à norma legal infringida - impossível de ser sanada nos próprios autos, por caracterizar vício de forma, deve, o auto infracional, ser declarado nulo de ofício, nos moldes da previsão dos arts. 16 e 17, acima transcritos.

Quanto ao Termo Complementar de Infração, considerando a finalidade de peça destinada a complementar o lançamento inicial, que lhe é inerente, seu destino deve seguir o do auto infracional ao qual está atrelado.

No caso, além dessa característica, o Termo Complementar de Infração, de fls. 415 e 416, também padece do vício idêntico ao do libelo basilar ao qual está umbilicalmente ligado: falta de indicação do dispositivo legal dado com infringido. Além disso, consigna denúncia genérica - *Falta de recolhimento do ICMS – Falta de recolhimento do imposto estadual* – e não traz qualquer narrativa dos fatos no espaço reservado para a aposição em nota explicativa.

Sobre este o autuado não se manifestou, tornando-se revel. Donde se infere pela possibilidade real de este ter deixado de exercer o direito de defesa dada a probabilidade, também real e efetiva, da sua não assimilação sobre o fato que lhe pretenderam imputar.

Nesse sentido entendeu a Assessoria Jurídica deste Conselho de Recursos Fiscais, mediante o Parecer de numeração 001/2014, exarado nos autos do Processo nº 090.695.2012-5, conforme fragmentos que transcrevo:

“Ora, segundo os artigos acima referidos, para que a tipificação constante no Auto de Infração seja válida, esta tem de coadunar com os fatos narrados e ser expressa de forma clara e específica, sendo inadmissíveis tipificações genéricas, imprecisas, que possam impedir a defesa do contribuinte, bem como que não tragam com clareza e objetividade o motivo real da exação fiscal.

Observe-se, ainda, que o art. 106 traz diversas hipóteses referentes ao recolhimento direto do ICMS de responsabilidade direta do contribuinte.

Assim, a mera descrição do caput do art. 106 do RICMS não especifica em qual das diversas hipóteses constantes neste estaria tipificado o autuado, sendo, portanto, genérico, e, desta forma, impossibilitando a ampla defesa do autuado.

Neste sentido são esclarecedores os comentários de Ana Paulo Dourado sobre a tipicidade, pois, entende que esta “estaria assegurada se a incidência do imposto e os fundamentos para o cálculo do montante de imposto a pagar ou base tributária e taxa de imposto constassem, em regra, da lei (DOURADO, 2007).”

Ainda, de acordo com o referido Parecer:

“Segundo o princípio da tipicidade fechada (ou cerrada) no direito tributário, a lei não pode definir genericamente os aspectos típicos do tributo, de forma que se possa tentar dar uma interpretação extensiva e diferenciada, tentando adaptar o fato descrito ao caso concreto, pois esta prerrogativa dada ao administrador, ao magistrado, ou intérprete, seria uma forma de burlar a lei e gerar uma insegurança jurídica.

Assim, a infração tem de ser descrita de forma precisa, taxativa, para que não permita dúvidas ou interpretações ampliativas.

Nos moldes do Auto de Infração, que menciona unicamente a violação ao art. 106 do RICMS, dificulta a defesa do autuado, posto que não se pode exigir que alguém se defenda de maneira adequada em face da multiplicidade de supostas infrações que poderiam ocorrer com o menção genérica em uma só capitulação legal - “falta de recolhimento de ICMS”. É clara a afronta ao princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa o que, por conseguinte, gera condição inócua à pretensão fiscal almejada, devendo ser sanado tal vício formal.”

Assim, devo concordar com a decisão monocrática que anulou esse lançamento, em virtude da presença de falha na autuação, precisamente, na determinação da norma infringida.

Diante do que, entendo que se justifica a ineficácia do presente feito, por existirem razões suficientes que caracterizam a NULIDADE do lançamento compulsório em tela, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de realizar um novo feito fiscal, nos moldes regulamentares exigidos.

Para tanto,

VOTO pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002046/2014-04 (fls. 3 e 4), complementado pelo Termo de Infração Complementar (fls. 415 e 416), respectivamente lavrados em 7/11/2014 e 15/6/2015, contra VIVO S.A., contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob nº 16.155.361-3, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário, pelas razões acima expendidas.

Em tempo, determino que seja realizado outro feito fiscal que atenda aos requisitos da legislação de regência, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de junho de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora