



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

PROCESSO Nº1121622016-6

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:TELEMAR NORTE LESTE S/A

1ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

2ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

2ªRecorrida:TELEMAR NORTE LESTE S/A

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1A

Autuantes:EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator:CONS.º SUPLENTE CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ

Relatora Voto Divergente:CONS.ª SUPLENTE JULIANA JUSCELINO QUEIROGA LACERDA

DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONAL. NÃO CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. AFASTADA A MULTA RECIDIVA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acolhida a decadência de parte dos créditos tributários lançados, em observância à regra do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, acarretando a impossibilidade de sua exigência.

O benefício disposto na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 estava condicionado ao atendimento das condições impostas no § 2º da cláusula primeira e § 3º da cláusula segunda do referido convênio, recepcionado pelo Decreto Estadual nº 20.075/99, as quais não foram cumpridas pelo contribuinte. A não observância dessas regras condicionantes, requisito legal imprescindível à fruição do benefício, leva à eclosão da exigência fiscal.

Para configurar a reincidência, é imperiosa a prática da mesma infração no prazo de 5 (cinco) anos, contados após

o pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou a inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado. Afastada na íntegra a multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à maioria e de acordo com o voto do relator do voto original pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desproimento do primeiro e provimento parcial do segundo*, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001198/2016-51, lavrado em 29/7/2016, contra a empresa

TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 25.373.920,92 (vinte e cinco milhões, trezentos e setenta e três mil, novecentos e vinte reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 14.499.383,38 (quatorze milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, trezentos e oitenta e três reais e trinta e oito centavos) de ICMS, por infração aos art. 13, III, c/c 3º, III, 11, V, e 12, VII, da Lei nº 6.379/96, e § 2º e § 3º do art. 1º do Decreto nº 20.275/99, e R\$ 10.874.537,54 (dez milhões, oitocentos e setenta e quatro mil, quinhentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) de multa por infração ao art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de R\$ 15.133.316,79 (quinze milhões, cento e trinta e três mil, trezentos e dezesseis reais e setenta e nove centavos), sendo R\$ 1.703.511,69 (um milhão, setecentos e três mil, quinhentos e onze reais e sessenta e nove centavos), de ICMS, R\$ 1.277.633,78 (um milhão, duzentos e setenta e sete mil, seiscentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), de multa por infração, e R\$ 12.152.171,32 (doze milhões, cento e cinquenta e dois mil, cento e setenta e um reais e trinta e dois centavos), de multa recidiva, pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de novembro de 2019.

CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ
Conselheiro Suplente Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, acompanhando o voto original : THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, PETRONIO RODRIGUES LIMA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE). Acompanhando o voto divergente: MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS E DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

ALENCAR
SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

VOTO DIVERGENTE

Senhora Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, Senhores Conselheiros, Representante da Procuradoria do Estado e demais presentes nesta sessão.

Após a leitura do voto do Ilmo. Conselheiro Relator Dr. Christian Vilar de Queiroz, por entender de forma diferente, solicitei vistas dos autos para melhor apreciar a matéria relacionada às irregularidades fiscais no tocante a FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, atinente a prestação de serviços de comunicação. Aproveito também para parabenizar o Ilmo. relator pelo voto e pela exposição de seus argumentos, sendo coluna basilar para o início dos debates.

Venho por meio desse voto opor divergência ao voto proferido nos Recursos Hierárquico e Voluntário o qual julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001198/2016-51 (fls. 3 a 5) onde denuncia a Empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A.

A matéria em análise, nestes autos, diz respeito à FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS atinente a prestação de serviços de comunicação e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, conforme denúncia posta na inicial.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que, um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Na sequência, no campo das preliminares, cabe apreciar os elementos de defesa suscitados pela empresa, quando advoga pedido de produção de prova pericial ou por diligência, que existiria previsão no nosso ordenamento jurídico processual.

Neste campo, quanto ao referido tema, corroboro com as razões fundamentadas e apresentadas pela instância *a quo* quanto a não aceitação do pedido formulado, sendo firmada em razão da desnecessidade, tendo em vista que os elementos probatórios, necessários à clara delimitação da lide encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados tanto pela fiscalização quanto pela recorrente, em sede de reclamação e de recurso voluntário.

Assim, as matérias de fato postas no auto de infração podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia estas informações consolidadas já se encontram nos autos, motivo porque se torna desnecessária a produção de prova pericial para a correta apreciação do

feito.

Superadas as preliminares, passemos ao mérito.

Antes de adentrarmos no mérito propriamente dito da presente contenda, de modo preambular, devemos ainda nos ater à declaração de decadência pela instância monocrática do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de *julho de 2011*.

Pois bem, vejamos que a fiscalização, no intuito de exigir o imposto devido apurado nos relatórios de auditoria, lavrou o presente auto de infração, contudo o crédito, referente ao período de *julho de 2011*, encontra-se decaído, com fundamento no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, que estabelece a contagem do prazo decadencial, aplicável ao caso em tela:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Em preâmbulo faço as minhas palavras as considerações tecidas pelo nobre relator Dr. Christian Vilar de Queiroz a qual me acosto das razões de decidir, comungando com as fundamentações quando das análises das preliminares de nulidade e decadência.

Quando da análise de mérito, verifica-se que a autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, nos períodos que compreende entre 1º de julho de 2011 a 31 de março de 2013, em virtude de falta de inclusão na base de cálculo do ICMS de valores de prestações de serviços de comunicação realizadas para execução de serviço da mesma natureza, originadas das cessões de uso de meio de redes (DETRAF) ao indevido abrigo do diferimento.

Portanto, a fiscalização entendeu que o sujeito passivo só poderia utilizar o diferimento do pagamento do imposto se atendesse à seguinte condição: ELABORAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO LIVRO RAZÃO AUXILIAR CONTENDO OS REGISTROS DAS CONTAS DE ATIVO PERMANENTE, CUSTOS E RECEITAS AUFERIDAS, TRIBUTADAS, ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS, DE TODAS

AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ONDE ATUE, DE FORMA DISCRIMINADA E SEGREGADA POR UNIDADE FEDERADA.

A cessão do meio de redes ocorre quando a empresa cessionária, para prestar serviços de telefonia a seus usuários, utiliza-se dos meios físicos da cedente (recorrente), que é cobrado desta o preço pelo uso de tais meios, sendo estas operações acobertadas por notas fiscais (CFOP 5.301 e 6.301), em que o Convênio ICMS nº 126/98, em sua Cláusula Décima, autorizava que fossem emitidas sem destaque do imposto, em função do diferimento ali estabelecido, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela legislação.

Pois bem. Ocorre que, a empresa recorrente, TELEMAR NORTE LESTE S/A, a época da fiscalização e atuação da infração pelos doutos fiscais, encontrava-se resguardado pelos arts. 251 e 252 do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/99), onde expressamente autorizava que as empresas que possuíam filiais, que é o caso da recorrente, pudessem adotar a sua escrituração de forma centralizada na matriz. Sendo assim, o seu livro razão incorporava no final de cada mês, na escrituração da matriz, os resultados de cada uma de suas filiais, *in casu*, a do Estado da Paraíba.

Vejamos o que preconiza os artigos 251 e 252 da RIR/99:

Art. 251: A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 7º)

Parágrafo único: A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei n.º 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 2º, e Lei n.º: 9.249, de 1995, art. 25).

Art. 252. É facultado às pessoas jurídicas que possuírem filiais, sucursais ou agências manter contabilidade não centralizada, devendo incorporar ao final de cada mês, na escrituração da matriz, os resultados de cada uma delas (Lei n.º 2.354, de 1954, art. 2º).

Dessa forma, não há que se falar da exigência de inserir o livro razão auxiliar na Escrituração Contábil Digital – ECD, a época do fato gerador, pela empresa recorrente.

Note-se que, a época do fato gerador, nem se quer havia um manual de orientação de leiaute que determinasse o formato específico para a elaboração do livro razão auxiliar, bem como não havia exigência de que este deveria fazer parte da Escrituração Contábil Digital – ECD de forma apartada. Exigência essa que só foi implementada a partir do ano de 2016, através do Manual de Leiaute da ECD, anexo ao Ato Declaratório Executivo Cofis n.º: 27/2018, subitem 1.24.

Diante as considerações supra, e observando aos preceitos legais a época do fato gerador, entendo que o Livro Razão da empresa era o que de fato deveria integrar a Escrituração Contábil Digital – ECD e não vislumbro a exigência do Livro Razão Auxiliar fazer parte integrante da Escrituração Contábil Digital – ECD, nem muito menos um formato legal de sua apresentação. Assim, afasto o descumprimento, por parte da empresa recorrente de que usou de forma indevida o benefício fiscal previsto na cláusula décima do Convênio 126/98, recepcionado pelo Decreto Estadual 20.275/99.

Todavia, observa-se que o Livro Razão Auxiliar poderia ser apresentado, a autoridade fazendária, quando solicitado, em momento de diligência, contendo: os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não tributadas das prestações e operações realizadas, no estado da Paraíba.

Folheando os autos, observa-se que os fiscais, para realizar os seus trabalhos de auditoria, por meio do Item “1” da Notificação n.º: 000018680/2015 (fls.58), lavrada em 07 de abril de 2015, notificaram a recorrente para apresentar, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, o Livro Razão Auxiliar, dos exercícios de 2010 a 2014, contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não tributadas das prestações e operações realizadas no Estado da Paraíba.

Por conseguinte, assevera a recorrente que, em relação a todos os períodos autuados, tinha em sua posse o Livro Razão Auxiliar devidamente escriturado, conforme atestaria o doc. 04 (fls. 157) dos autos. Porém, fora recusado, pelos autuantes em recebe-lo, pelo fato de não integrar a ECD.

Entendendo que, a época do fato gerador da imputação ao auto de infração, não havia guarida a obrigatoriedade de inserir o Livro Razão Auxiliar na Escrituração Contábil Digital – EDC da empresa e sim de apresenta-lo, quando solicitado, aos fiscais em diligência, a empresa recorrente, não descumpriu a condição imposta para fruição do regime especial previsto no §2º da cláusula primeira e §3º da cláusula segunda do Convênio ICMS N.º: 126/98, Recepcionado pelo Decreto Estadual n.º: 20.075/99.

Assim, pelos fundamentos acima evidenciados, divirjo do voto do Nobre Relator, por entender incorreto a exigência do referido crédito tributário. Assim não nos resta outra conclusão a não ser julgar improcedente o auto de infração em análise.

Diante do exposto,

V O T O pelo recebimento dos recursos Hierárquico, por regular e do Voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito pelo *desproimento* do primeiro e *provimento* do segundo, para alterar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001198/2016-51 (fls. 3 e 4), lavrado em 06 de agosto de 2016, contra a empresa contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.064.797-5 já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes da presente autuação.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de novembro de 2019.

Juliana Juscelino Queiroga Lacerda

Conselheira Relatora

PROCESSO Nº 1121622016-6

TRIBUNAL PLENO

1ª RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

1ª RECORRIDA : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

2ª RECORRENTE : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

2ª RECORRIDA : TELEMAR NORTE LESTE S/A

**PREPARADORA : SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA
GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO – JOÃO
PESSOA**

AUTUANTES : EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

RELATOR : CONS. CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ

DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL

CONDICIONAL. NÃO CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. AFASTADA A MULTA RECIDIVA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acolhida a decadência de parte dos créditos tributários lançados, em observância à regra do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, acarretando a impossibilidade de sua exigência.

O benefício disposto na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 estava condicionado ao atendimento das condições impostas no § 2º da cláusula primeira e § 3º da cláusula segunda do referido convênio, recepcionado pelo Decreto Estadual nº 20.075/99, as quais não foram cumpridas pelo contribuinte. A não observância dessas regras condicionantes, requisito legal imprescindível à fruição do benefício, leva à eclosão da exigência fiscal.

Para configurar a reincidência, é imperiosa a prática da mesma infração no prazo de 5 (cinco) anos, contados após

o pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou a inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado. Afastada na íntegra a multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001198/2016-51, lavrado em 29/7/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1/7/2011 e 31/3/2013, consta a seguinte denúncia:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO >> O contribuinte acima qualificado, deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo isentas ou não tributadas.

NOTA EXPLICATIVA: TAIS PRESTAÇÕES FORAM LANÇADAS SEM A DEVIDA TRIBUTAÇÃO DE ICMS, A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇO DA MESMA NATUREZA, CFOPS 5301 E 6301, ORIGINADAS DA CESSÃO DE MEIOS DE REDE. A AUTUADA UTILIZOU-SE INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NA CLÁUSULA DÉCIMA DO CONVÊNIO 126/98, RECEPCIONADO PELO DECRETO ESTADUAL

20.275/99, QUE PREVÊ A CONCESSÃO DE REGIME ESPECIAL NOS TERMOS QUE ESPECIFICA. ENTRETANTO O MESMO ESTABELECE CONDIÇÕES CLARAS PARA SUA FRUIÇÃO E EFICÁCIA, DENTRE ELAS ESTÁ PREVISTA A OBRIGATORIEDADE DE ELABORAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO LIVRO RAZÃO AUXILIAR CONTENDO OS REGISTROS DAS CONTAS DE ATIVO PERMANENTE, CUSTOS E RECEITAS AUFERIDAS, TRIBUTADAS, ISENTAS E NÃO-TRIBUTADAS, DE TODAS AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ONDE ATUE, DE FORMA DISCRIMINADA E SEGREGADA POR UNIDADE FEDERADA. DESTA FORMA O CONTRIBUINTE AO OPTAR POR APRESENTAR SUAS INFORMAÇÕES CONTÁBEIS AO FISCO ESTADUAL ATRAVÉS DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL ECD DE FORMA CENTRALIZADA, DE FORMA A NÃO PERMITIR A EXTRAÇÃO DO REFERIDO LIVRO RAZÃO AUXILIAR, NÃO ATENDEU AOS TERMOS E CONDIÇÕES PREVISTOS PARA A FRUIÇÃO DO REFERIDO REGIME ESPECIAL. ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS OS § 2º E § 3º DO ART. 1º DO DECRETO 20.275/99. A INFRAÇÃO ENCONTRA-SE DETALHADA NOS ANEXOS I E II.

Foram dados como infringidos os art. 13, III, c/c 3º, III, 11, V, e 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do auto de infração, com proposição da penalidade prevista no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, tendo sido apurado um crédito tributário no valor de R\$ 40.507.237,71 (quarenta milhões, quinhentos e sete mil, duzentos e trinta e sete reais e setenta e um centavos), sendo R\$ 16.202.895,07 (dezesesseis milhões, duzentos e dois mil, oitocentos e noventa e cinco reais e sete centavos) de ICMS e R\$ 12.152.171,32 (doze milhões, cento e cinquenta e dois mil, cento e setenta e um reais e trinta e dois centavos) de multa por infração, acrescido de R\$ 12.152.171,32 (doze milhões, cento e cinquenta e dois mil, cento e setenta e um reais e trinta e dois centavos) de multa recidiva.

Juntou documentos, fls. 6/63: ANEXO I – Demonstrativo Resumo das Prestações de Serviços de Telecomunicações para execução de serviços de mesma natureza (CFOP 5301 e 6301) realizados pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, sem a devida tributação do ICMS, no período de julho/2011 a março/2013; ANEXO II – Demonstrativo Analítico das Prestações de Serviços de Telecomunicações para execução de serviços de mesma natureza (CFOP 5301 e 6301) realizados pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, sem a devida tributação do ICMS, no período de julho/2011 a março/2013; Mídia DVD, contendo arquivos da Escrituração Contábil Digital – ECD de julho/2011 a março/2013; cópia da Notificação nº 18680/2015; e cópia da resposta apresentada pela empresa à Notificação nº 18680/2015 no Processo nº 1700252015-6.

Cientificada através de A. R., recepcionado em 16/8/2016 (fls. 65/66), o contribuinte, inconformado com a autuação, apresentou reclamação, através de advogados, em 15/9/2016 (fls. 68/80), e anexos (fls. 81/157), na qual alega, preliminarmente, decadência do crédito tributário lançado no auto de infração, referente a fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2011, com base no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN.

No mérito, argui que cumpriu o disposto na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 126/98, ao escriturar os livros razão auxiliar com todas as informações exigidas. Porém, a fiscalização os desconsiderou, alegando que os mesmos não constavam na Escrituração Contábil Digital - ECD da empresa.

Afirma que o Regulamento do Imposto de Renda RIR/99 autoriza a empresa a adotar a escrituração centralizada na matriz, inexistindo a obrigação de inserir, na sua ECD, o livro razão auxiliar com as informações referentes ao Estado da Paraíba.

Relata que a empresa possuía o livro razão auxiliar devidamente escriturado, o qual, inclusive, foi apresentado ao Fisco da Paraíba durante o procedimento de fiscalização, contendo as informações exigidas pela cláusula primeira do Convênio ICMS nº 126/98, porém o referido convênio não exige que o razão auxiliar integre a ECD.

Discorre sobre as multas aplicadas afrontarem o princípio da razoabilidade e sobre a ilegitimidade da multa recidiva, posto que não houve a lavratura de auto de infração tratando da cláusula primeira do Convênio ICMS nº 126/98 pelo Estado da Paraíba, nos últimos cinco anos, além do que, questiona o percentual aplicado de 100%, defendendo que está equivocado.

Ao final, suscita a defesa o cancelamento integral do auto de infração, com o arquivamento do processo administrativo, e, sucessivamente, o reconhecimento da decadência do mês de julho/11; a redução das multas para o patamar máximo de 100% (cem por cento); o cancelamento da multa recidiva ou, caso assim não se entenda, a sua redução para o patamar de 50% (cinquenta por cento) e a realização de prova pericial para analisar os livros da empresa.

Com informação da existência de antecedentes fiscais, *fls. 158/162*, no que se refere à infração em análise, os autos foram conclusos (*fls. 163*) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde o julgador fiscal monocrático decidiu pela procedência parcial do feito fiscal (*fls. 165/183*), conforme ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – DECADÊNCIA – MULTA RECIDIVA.

- A fruição do benefício de que trata a Cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 estava condicionada ao atendimento às condições impostas nos §§ 2º e 3º do Decreto nº 20.075/99. In casu, a autuada não apresentou ao Fisco, em sua Escrituração Contábil Digital – ECD, o livro razão auxiliar contendo os registros das contas do ativo permanente, custos e receitas de forma discriminada por cada Unidade da Federação.

- Reconhecida a decadência do lançamento relativo ao mês de julho de 2011, por força do disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

- Ajuste da multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

O crédito tributário passou a se constituir, após sentença, no total de R\$ 36.250.788,78 (trinta e seis

milhões, duzentos e cinquenta mil, setecentos e oitenta e oito reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 15.343.965,76 (quinze milhões, trezentos e quarenta e três mil, novecentos e sessenta e cinco reais e setenta e seis centavos) de ICMS, R\$ 11.507.974,33 (onze milhões, quinhentos e sete mil, novecentos e setenta e quatro reais e trinta e três centavos) de multa por infração e R\$ 9.398.848,69 (nove milhões, trezentos e noventa e oito mil, oitocentos e quarenta e oito reais e sessenta e nove centavos) de multa recidiva.

Interposto recurso de ofício (*fl. 184*), a empresa autuada, regularmente notificada da decisão singular (AR, de *fl. 186*), impetrou recurso a esta Casa (*fls. 188/202*), e anexos (*fls. 203/225*), reiterando os mesmos argumentos apresentados em reclamação à Primeira Instância e pedindo a reforma da decisão recorrida para decretar o cancelamento integral do auto de infração.

Acresce em sua defesa que o Órgão Julgador monocrático e o autuante desconsideraram o livro razão auxiliar referente aos períodos autuados, alegando que o mesmo não estava inserido na ECD.

Discorre sobre a validade do livro razão apresentado, asseverando que as informações nele constantes estão escrituradas na ECD.

Reclama que o pedido de perícia não foi acatado pela Instância Prima, impossibilitando o Fisco de sanar suas dúvidas quanto às informações constantes no livro razão auxiliar apresentado ao Fisco, o que poderia ser sanado através de cotejamento entre o mesmo e a ECD, assim é essencial a realização de perícia.

Argui a ilegitimidade da exigência de multa em percentual superior a 100% (cem por cento), diante da aplicação de multa por infração e multa recidiva, percentuais que se somados extrapolam 100% (cem por cento).

Relata que, na decisão singular, o julgador reduziu a recidiva, todavia, esta não deveria ser aplicada, haja vista a empresa não haver anteriormente incorrido na infração delineada nos autos.

Suscita a recorrente a realização de perícia para analisar os livros apresentados pela empresa e verificar que se encontram em conformidade com os valores declarados na ECD, demonstrando que o benefício do diferimento previsto na cláusula décima do Convênio nº 126/98 foi corretamente aplicado.

Requer a defesa que, caso não se entenda pela improcedência da acusação: a redução das multas para o patamar máximo de 100% (cem por cento); o cancelamento da multa recidiva.

Realizada juntada pela defesa, em 2/2/2017, de novas considerações acerca do auto de infração em epígrafe, fls. 229/296.

Informa que colacionou aos autos, DOC. 04, livro razão auxiliar, contendo todas as informações exigidas pela cláusula primeira do Convênio ICMS nº 126/98.

Defende a exclusão da multa recidiva pela inexistência de autuação anterior com base no descumprimento da cláusula primeira do Convênio ICMS nº 126/98.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis 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 93300008.09.00001198/2016-51, em face da empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos preambularmente como tempestivo o recurso interposto pelo contribuinte, apresentado dentro do prazo legal estabelecido no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Impõe-se declarar, ainda, que a peça basilar preenche os requisitos de validade estabelecidos no art. 142 do CTN e adotados pela legislação que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributário (Lei nº 10.094/2013, art. 41 e seus incisos), inclusive no que concerne aos elementos necessários à perfeita identificação da natureza da infração.

Sob o aspecto formal, portanto, revela-se regular o lançamento de ofício em tela, vez que estão perfeitamente determinadas a pessoa do infrator e a natureza da infração, em conformidade com a legislação de regência.

Na sequência, no campo das preliminares, cabe apreciar os elementos de defesa suscitados pela empresa, quando advoga pedido de produção de prova pericial ou por diligência, que existiria previsão no nosso ordenamento jurídico processual.

Neste campo, quanto ao referido tema, corroboro com as razões fundamentais apresentadas pela instância *a quo* quanto a não aceitação do pedido formulado, sendo firmada em razão da desnecessidade, tendo em vista que os elementos probatórios, necessários à clara delimitação da lide encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados tanto pela fiscalização quanto pela recorrente, em sede de reclamação e de recurso voluntário.

Assim, as matérias de fato postas no auto de infração podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia estas informações consolidadas já se encontram nos autos, motivo por que se torna desnecessária a produção de prova pericial para a correta apreciação do feito.

Superadas as preliminares, passemos ao mérito.

Antes de adentrarmos no mérito propriamente dito da presente contenda, de modo preambular, devemos ainda nos ater à declaração de decadência pela instância monocrática do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de *julho de 2011*.

Pois bem, vejamos que a fiscalização, no intuito de exigir o imposto devido apurado nos relatórios de auditoria, lavrou o presente auto de infração, contudo o crédito, referente ao período de *julho de 2011*, encontra-se decaído, com fundamento no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, que estabelece a contagem do prazo decadencial, aplicável ao caso em tela:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco. Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal) ou tácita (por decurso do prazo legal estipulado no § 4º da norma supracitada).

Havendo, portanto, a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada. Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

No caso em exame, houve a entrega, por parte da autuada, de declarações de informações fiscais à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba^[2], não resta dúvida de que o prazo decadencial para a constituição do crédito submete-se à regra imposta pelo § 4º do art. 150 do CTN, acima citado.

Neste contexto, verifico que a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu em 16/8/2016 (fls. 65). Assim, considerando, para o caso em questão, o prazo decadencial a partir do fato gerador, verifico que o prazo decadencial se contaria a partir de 17/8/2011, devendo ser excluído da autuação os fatos geradores anteriores a esta data, e não apenas o período de julho/2011, conforme a decisão *a quo*.

Portanto, ao averiguar o demonstrativo fiscal, nas fls. 10 a 13, reconheço que também deve ser excluído, juntamente com o mês de julho de 2011, o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de 08/08/2011 (primeira prestação de serviço do mês de agosto) a 15/08/2011 (última prestação de serviço deste mês, incluído no prazo decadencial).

Destarte, mantenho cancelado o crédito tributário lançado no Auto de Infração em tela referente aos fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2011, já afastado julgador singular, e cancelo o crédito tributário compreendido entre os dias 08 a 15 de agosto de 2011.

Passando à análise de mérito, a presente autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, no período de 1º de julho de 2011 a 31 de março de 2013, em virtude de falta

de inclusão na base de cálculo do ICMS de valores de prestações de serviços de comunicação realizadas para execução de serviço da mesma natureza, originadas das cessões de uso de meio de redes (DETRAF) ao indevido abrigo do diferimento.

Portanto, a fiscalização entendeu que o sujeito passivo só poderia utilizar o diferimento do pagamento do imposto se atendesse à seguinte condição: ELABORAÇÃO E APRESENTAÇÃO DO LIVRO RAZÃO AUXILIAR CONTENDO OS REGISTROS DAS CONTAS DE ATIVO PERMANENTE, CUSTOS E RECEITAS AUFERIDAS, TRIBUTADAS, ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS, DE TODAS AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ONDE ATUE, DE FORMA DISCRIMINADA E SEGREGADA POR UNIDADE FEDERADA.

A cessão do meio de redes ocorre quando a empresa cessionária, para prestar serviços de telefonia a seus usuários, utiliza-se dos meios físicos da cedente (recorrente), que é cobrado desta o preço pelo uso de tais meios, sendo estas operações acobertadas por notas fiscais (CFOP 5.301 e 6.301), em que o Convênio ICMS nº 126/98, em sua Cláusula Décima, autorizava que fossem emitidas sem destaque do imposto, em função do diferimento ali estabelecido, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela legislação.

Vejamos o teor da Cláusula Décima do Convênio ICMS nº 126/98, vigente época dos fatos geradores:

Cláusula décima. Na prestação de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal - SMP, o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput, desde que observado o disposto no § 2º e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

§ 2º O tratamento previsto nesta cláusula fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;

II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, no arquivo previsto no Convênio ICMS 115/03, de 12 de dezembro de 2003;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

§ 3º A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da

base de cálculo;

II - consumo próprio.

§ 4º Para efeito do recolhimento previsto no § 3º, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas no parágrafo anterior e o total das prestações do período.

§ 5º Não se aplica o disposto no *caput* desta cláusula, nas seguintes hipóteses:

I - prestação a empresa de telecomunicação que não esteja devidamente inscrita no Cadastro de Contribuinte do ICMS, nos termos da cláusula segunda;

II - prestação a empresa de telecomunicação optante pelo Simples Nacional;

III - serviços prestados por empresa de telecomunicação optante pelo Simples Nacional.

Segundo a Fiscalização, tal regime especial foi utilizado indevidamente, pois o citado convênio traz condicionantes que não teriam sido cumpridos pela empresa cedente. Nele consta a obrigatoriedade da elaboração e apresentação de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não tributadas, segregada por unidade da Federação. Cita-se:

Convênio nº 126/98

Cláusula primeira. Fica concedido às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação relacionadas em Ato Cotepe, doravante denominadas simplesmente empresa de telecomunicação, regime especial para cumprimento de obrigações tributárias relacionadas com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, nos termos deste convênio.

§ 1º Nas hipóteses não contempladas neste convênio, observar-se-ão as normas previstas na legislação tributária pertinente.

Acrescido o § 2º à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 41/06, efeitos a partir de 01.01.07.

§ 2º A fruição do regime especial previsto neste convênio fica condicionado à elaboração e apresentação, por parte da empresa prestadora de serviços de telecomunicação, de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas, de todas as unidades da Federação onde atue, de forma discriminada e segregada por unidade federada.

Da mesma forma teria descumprido o Decreto nº 20.275/99, que recepcionou o Convênio ICMS nº 126/98, que em seus §§ 2º e 3º do artigo 1º, estabelece as condições para fruição do regime especial lá previsto. Vejamos:

Decreto nº 20.275/99

Art. 1º Fica concedido às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação relacionadas em Ato COTEPE, doravante denominadas simplesmente empresa de telecomunicação, regime especial para cumprimento de obrigações tributárias relacionadas com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, nos termos deste Decreto.

(...)

§ 2º A fruição do regime especial previsto neste Decreto fica condicionado à elaboração e apresentação, por parte da empresa prestadora de serviços de telecomunicação, de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas, de todas as unidades da Federação onde atue, de forma discriminada e segregada por unidade federada. (grifos acrescentados).

§ 3º As informações contidas no livro razão auxiliar a que se refere o parágrafo anterior deverão ser disponibilizadas, inclusive em meio eletrônico, quando solicitadas pelo Fisco, nos termos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

Nesta hipótese, ou seja, caso sejam cumpridos todos os requisitos estabelecidos na legislação tributária de regência é indubitoso que se trata de diferimento de imposto incidente na cessão de meios de rede, havendo transferência de responsabilidade por imposto devido e adiamento de prazo de recolhimento do referido imposto, conforme definição constante na cláusula décima do Convênio ICMS 126/98.

Se algum dos requisitos não foi cumprido, fato retratado pela fiscalização, não há que se falar em diferimento, portanto se trata de descumprimento de obrigação principal e correta está a cobrança do ICMS.

Assim, a controvérsia se resume ao fato de ter sido ou não observado o disposto no § 2º da cláusula primeira do convênio ICMS 126/98, que estabelece que a fruição do regime especial previsto neste convênio fica condicionado à elaboração e apresentação de livro razão auxiliar contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não tributadas, de forma discriminada e segregada por Unidade Federada.

Vale mencionar que as autoridades fazendárias lançadoras informaram que expediram notificação ao contribuinte (fl. 58) para comprovar que o supracitado documento contábil exigido pela legislação tributária já citada anteriormente, não tinha sido apresentado.

Nota-se que diante da lavratura do presente auto de infração, o Fisco não logrou êxito, em relação ao pleno atendimento da referida intimação fiscal.

Assim, a autuada não estava amparada na legislação tributária a utilizar o diferimento do pagamento do ICMS, nos termos estabelecidos pelos dispositivos normativos retro.

Na decisão de Primeira Instância, o julgador singular relata minuciosamente as alegações e contradições da autuada. Vejamos:

“Neste ponto, convém ressaltarmos que a própria Impugnante, em sua peça defensiva, reconhece que a fruição do benefício de que trata a Cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 estava condicionada à elaboração e à apresentação, quando solicitado pelo Fisco, do livro razão auxiliar contendo os registros das contas do ativo permanente, custos e receitas de forma discriminada por cada Unidade da Federação.

E prossegue a defesa às fls. 70: “O que o convênio pretendia com essa exigência, por óbvio, era garantir que os Fiscos Estaduais tivessem meios para fiscalizar as operações realizadas em seus territórios, atestando se o diferimento teria ou não sido corretamente aplicado pelas operadoras de telefonia.”

Sendo assim, tanto a Auditoria quanto a Impugnante convergem em relação ao entendimento de que a empresa só poderia valer-se do benefício fiscal em análise caso atendesse às condições impostas nos §§ 2º e 3º do artigo 1º do Decreto nº 20.275/99.

Com efeito, o ponto de discórdia entre as partes (quanto à possibilidade de utilização do benefício fiscal) limita-se à análise acerca do cumprimento ou não, por parte da autuada, das referidas condições.

Segundo a Impugnante, a irresignação dos Fiscais autuantes se deu pelo fato de que a empresa não teria inserido na ECD o livro razão auxiliar contendo as informações do Estado da Paraíba e, justificando a afirmação, transcreve o seguinte relato elaborado pelos Auditores:

“Desta forma o contribuinte, ao optar por apresentar suas informações contábeis ao Fisco Estadual através da escrituração contábil digital ECD de forma centralizada, de forma a não permitir a extração do referido livro razão auxiliar, não atendeu aos termos e condições previstos para a fruição do referido regime especial.” (fls. 74)

Com o objetivo de buscar as informações necessárias para realização dos trabalhos de auditoria, os Fiscais, por meio do item “1” da Notificação nº 000018680/2015 (fls. 58), lavrada em 07 de abril de 2015, notificaram a Impugnante a apresentar, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, o Livro Razão Auxiliar dos exercícios de 2010 a 2014 contendo os registros das contas de ativo permanente, custos e receitas auferidas, tributadas, isentas e não-tributadas das prestações e operações realizadas no Estado da Paraíba.

A defesa assevera que, em relação a todos os períodos autuados, tinha em sua posse o livro razão auxiliar devidamente escriturado, conforme atestaria o doc. 04 (fls. 157), porém os Autuantes o recusaram pelo fato de não integrar a ECD.

Em oposição à afirmação citada no parágrafo anterior, a própria Telemar Norte Leste S/A, ao responder à Notificação (fls. 59 a 62), informou que, em maio de 2015, entregou, por amostragem, o relatório razão auxiliar contendo os lançamentos contábeis de que trata o Convênio ICMS nº 126/98, contudo o Fisco haveria informado que as informações deveriam ser apresentadas de forma segregada, por filial.

Afirma a Impugnante que, em outubro de 2015, apresentou planilha contendo: i) contas contábeis; ii)

descrição das contas contábeis; **iii)** divisão; **iv)** empresa e **v)** UF. Além disso, ressalta que propôs uma reunião de esclarecimento das dúvidas suscitadas.

Mais adiante, ainda em resposta à referida Notificação, a autuada destaca que, para atendimento à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, “se encontra em desenvolvimento relatório do livro razão auxiliar contendo as informações das contas contábeis, por centro de custo”, tendo sido solicitado prorrogação de prazo, dada a complexidade do documento a ser entregue ao Fisco.

No dia 13 de abril de 2015, já havia a empresa, em resposta à Notificação (fls. 63), justificado que “(...) Porém, com a inclusão da exigência do Razão Auxiliar na Cláusula Primeira, Parágrafo 2º do Convênio 126/98, o setor contábil está com demanda aberta junto ao setor de Tecnologia da Informação para desenvolvimento do relatório que atenda a demanda, o novo prazo dado por TI foi 30/06/2015, diante da Notificação ora recebida, esse prazo foi reduzido para 31/05/2015 (...)”

Observe-se que, apesar de haver afirmado que possuía o livro razão auxiliar referente a todos os períodos fiscalizados, as respostas à Notificação atestam o contrário.” (g.n)

No caso em análise, não restam dúvidas quanto ao fato de que a recorrente não possuía o livro razão auxiliar de forma discriminada e segregada por unidade federada, tanto é assim que a mesma passou a elaborá-lo para atender a demanda da fiscalização no curso do procedimento de auditoria.

No que diz respeito à recusa dos autuantes em acatarem os documentos apresentados pela ora recorrente, alegando que estes, intitulados pela defesa, como livro razão auxiliar, não integram a ECD, compartilho do entendimento exarado pela Instância Prima, porquanto não serem tais documentos efetivamente dotados de validade jurídica, muito embora alegue a defesa que tenham sido gerados pelo mesmo sistema que elabora os livros que integram a ECD da empresa.

Expondo o assunto com propriedade, o julgador monocrático traz ao debate a questão de que, além da obrigatoriedade de elaboração de livro razão auxiliar de todas as unidades da federação onde atue, de forma discriminada e segregada por unidade federada, este deve necessariamente integrar a ECD, uma vez que a autenticação de livros contábeis da empresa autuada é feita por meio do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), o que garantiria, desta forma, validade jurídica apenas na sua forma digital, nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.022/07:

Art. 2º O Sped é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias, mediante fluxo único, computadorizado, de informações.

§ 1º Os livros e documentos de que trata o caput serão emitidos em forma eletrônica, observado o disposto na Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

Com efeito, da forma que se apresenta o “livro razão auxiliar”, apartado da ECD, não poderia implicar em cumprimento das condições impostas no § 2º da cláusula primeira e § 3º da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 126/98, assim é indiscutível que os documentos apresentados pela defesa, como sendo o livro razão auxiliar, não atendem à condição imposta para fruição do regime especial.

Por outro lado, o permissivo legal existente no Regulamento do Imposto de Renda para adoção de contabilidade centralizada ou não, em nada se relaciona com a fruição do referido diferimento. Cabe, por óbvio, a recorrente optar pela forma de contabilidade que melhor lhe convenha, contudo, observando os ditames da legislação supracitada, caso deseje obter o regime especial de que trata a cláusula décima do convênio em comento.

Tendo em vista que o comportamento da autuada importou em falta de recolhimento do ICMS, entendemos incensurável o feito fiscal, dada a infringência aos art. 13, III, c/c 3º, III, 11, V, e 12, VII, da Lei nº 6.379/96, além dos § 2º e § 3º do art. 1º do Decreto nº 20.275/99, destacados na Nota Explicativa do auto de infração.

Analizados os presentes autos, visto que as alegações do sujeito passivo foram insubsistentes e as provas apresentadas não foram capazes de desconstituir o trabalho elaborado pelo Fisco, entendo que está correta a exigência do crédito tributário.

Quanto ao questionamento da recorrente de que a penalidade é confiscatória, sua aplicação tem previsão legal na Lei nº 6.379/96. Cabe, ainda, ressaltar que foge à alçada dos Órgãos Julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55 da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Entretanto, no que concerne à aplicação da multa por reincidência, tem-se que esta foi decorrente da informação de que o sujeito passivo possuía antecedentes fiscais, conforme previsão do art. 87 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se

a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Para que seja, contudo, considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso que a infração, ora em questão, tenha sido ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do período de cinco anos contados do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no artigo 39 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.

Pois bem. A fiscalização, tomando por base o Termo de Antecedentes Fiscais (*fls. 158/162*), aplicou multa por reincidência no percentual de 100%, haja vista a existência no referido termo de diversos processos que apontam, como infringidos, os art. 13, III; 3º, III; 11, V, e 12, VII, da Lei nº 6.379/96.

Em Primeira Instância, o julgador singular, verificando equívoco na aplicação do percentual de multa, identificou as datas de início da contagem para efeito da configuração da reincidência, nos termos do artigo 39 da Lei nº 10.094/13, atinente a cada processo e, assim, elaborou nova planilha com a aplicação desta penalidade, conforme abaixo demonstrado:

PERÍODO	PERCENTUAL DA ANTECEDENTES FISCAIS (PROCESSO Nº)	MULTA POR REINCIDÊNCIA A SER APLICADO
---------	--	---------------------------------------

04/07/11 a 16/01/12	50%	1538632006-8
------------------------	-----	--------------

09/02/12 a 14/05/12 90% 1538632006-8, 1479012011-2, 0229512007-1, 0229522007-6, 0482852007-4, 0402442007-0

15/05/12 a 04/07/12 100% 1538632006-8, 1479012011-2, 0229512007-1, 0229522007-6, 0482852007-4, 0402442007-0

05/07/12 a 16/12/12 110% 1538632006-8, 1479012011-2, 0229512007-1, 0229522007-6, 0482852007-4, 0402442007-0, 0731942012-0

17/12/12 a 28/03/13 120% 1538632006-8, 1479012011-2, 0229512007-1, 0229522007-6, 0482852007-4, 0402442007-0, 0731942012-0, 1451212012-2

Divirjo, todavia, do entendimento esboçado pelo n. julgador ao acatar a aplicação da multa recidiva restante, porquanto entendo que **não** se trata da mesma conduta infrigente, pelo que passo a expor.

Ao analisarmos a descrição da infração (falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação), e dispositivos legais apontados (art. 13, III c/c art. 3º, III; art. 11, V; art. 12, VII, da Lei nº 6.379/96), sem atentarmos para o conteúdo da Nota Explicativa, isto nos levaria à precipitada e, no meu sentir, errônea conclusão de que os diversos processos relacionados no Termo de Antecedentes Fiscais se referem à mesma conduta infracional praticada pela recorrente.

Vejamos que, apesar da existência de diversos processos no Termo de Antecedentes Fiscais (*f/l.s. 158/162*), não se verifica a lavratura de auto de infração decorrente de descumprimento dos §§ 2º e 3º do art. 1º do Decreto nº 20.275/99 (§ 2º da cláusula primeira e § 3º da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 126/98).

Vejamos que é condição *sine qua non* para configuração da reincidência, nos termos do artigo 39 da Lei nº 10.094/13, acima transcrito, que tenha sido praticada nova infração **ao mesmo dispositivo legal**, o que, no meu entendimento, incluem os art. 13, III, c/c art. 3º, III; art. 11, V; art. 12, VII, da Lei nº 6.379/96, juntamente com os §§ 2º e 3º do art. 1º do Decreto nº 20.275/99.

Logo, em relação ao auto de infração em tela, configura-se ao sujeito passivo a condição de primário, pelo que afastado na íntegra a multa recidiva.

Diante do exposto, concluo por declarar devido o seguinte crédito tributário:

Infração	Data		Tributo	Multa	Recidiva	Tributo Pós Ajustes	Multa Pós Ajustes	
	Início	Fim						
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/07/2011	31/07/2011	858.929,31	644.196,98	644.196,98	0,00	0,00	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/08/2011	31/08/2011	893.943,93	670.457,95	670.457,95	49.361,55	37.021,16	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/09/2011	30/09/2011	862.667,75	647.000,81	647.000,81	862.667,75	647.000,81	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/10/2011	31/10/2011	793.334,26	595.000,69	595.000,69	793.334,26	595.000,69	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO	01/11/2011	30/11/2011	810.510,22	607.882,67	607.882,67	810.510,22	607.882,67	0

ECOLHIMEN 1 11
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/12/201 31/12/20 803.279,47 602.459,60 602.459,60 803.279,47 602.459,60 0
ECOLHIMEN 1 11
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/01/201 31/01/20 834.339,12 625.754,34 625.754,34 834.339,12 625.754,34 0
ECOLHIMEN 2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/02/201 28/02/20 796.933,81 597.700,36 597.700,36 796.933,81 597.700,36 0
ECOLHIMEN 2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/03/201 31/03/20 781.428,05 586.071,04 586.071,04 781.428,05 586.071,04 0
ECOLHIMEN 2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R ECOLHIMEN 2 TO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO O DE SERVIÇOS DE COMUNI CAÇÃO	01/04/2013	30/04/2012	795.380,50	596.535,38	596.535,38	795.380,50	596.535,38	0
FALTA DE R ECOLHIMEN 2 TO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO O DE SERVIÇOS DE COMUNI CAÇÃO	01/05/2013	31/05/2012	770.051,67	577.538,75	577.538,75	770.051,67	577.538,74	0
FALTA DE R ECOLHIMEN 2 TO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO O DE SERVIÇOS DE COMUNI CAÇÃO	01/06/2013	30/06/2012	845.217,84	633.913,38	633.913,38	845.217,84	633.913,38	0
FALTA DE R ECOLHIMEN 2 TO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO O DE SERVIÇOS DE COMUNI CAÇÃO	01/07/2013	31/07/2012	801.108,99	600.831,74	600.831,74	801.108,99	600.831,74	0
FALTA DE R ECOLHIMEN 2 TO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO O DE SERVIÇOS DE COMUNI CAÇÃO	01/09/2013	30/09/2012	766.314,98	574.736,24	574.736,24	771.332,88	578.499,66	0

FALTA DE R 01/10/20131/10/20 670.547,78 502.910,84 502.910,84 766.314,98 574.736,24 0
ECOLHIMEN2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/11/20130/11/20 700.111,74 525.083,81 525.083,81 670.547,78 502.910,84 0
ECOLHIMEN2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/12/20131/12/20 659.150,96 494.363,22 494.363,22 700.111,74 525.083,81 0
ECOLHIMEN2 12
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/01/20131/01/20 671.370,44 503.527,83 503.527,83 659.150,96 494.363,22 0
ECOLHIMEN3 13
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS
DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/02/20128/02/20 681.856,79 511.392,59 511.392,59 671.370,44 503.527,83 0
ECOLHIMEN3 13
TO DO ICMS
ATINENTE A
PRESTAÇÃ
O DE
SERVIÇOS

DE COMUNI
CAÇÃO

FALTA DE R 01/08/20131/08/20	771.332,88	578.499,66	578.499,66	681.856,79	511.392,59	0
ECOLHIMEN 212						
TO DO ICMS						
ATINENTE A						
PRESTAÇÃO						
O DE						
SERVIÇOS						
DE COMUNI						
CAÇÃO						

FALTA DE R 01/03/20131/03/20	635.084,58	476.313,44	476.313,44	635.084,58	476.313,44	0
ECOLHIMEN 313						
TO DO ICMS						
ATINENTE A						
PRESTAÇÃO						
O DE						
SERVIÇOS						
DE COMUNI						
CAÇÃO						

TOTAIS	16.202.895,07	12.152.171,32	12.152.171,32	14.499.383,38	10.874.537,54	0
--------	---------------	---------------	---------------	---------------	---------------	---

Com este entendimento é que,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovemento do primeiro e provimento parcial do segundo*, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001198/2016-51, lavrado em 29/7/2016, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 25.373.920,92** (vinte e cinco milhões, trezentos e setenta e três mil, novecentos e vinte reais e noventa e dois centavos), sendo **R\$ 14.499.383,38** (quatorze milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, trezentos e oitenta e três reais e trinta e oito centavos) de ICMS, por infração aos art. 13, III, c/c 3º, III, 11, V, e 12, VII, da Lei nº 6.379/96, e § 2º e § 3º do art. 1º do Decreto nº 20.275/99, e **R\$ 10.874.537,54** (dez milhões, oitocentos e setenta e quatro mil, quinhentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) de multa por infração ao art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de **R\$ 15.133.316,79** (quinze milhões, cento e trinta e três mil, trezentos e dezesseis reais e setenta e nove centavos), sendo **R\$ 1.703.511,69** (um milhão, setecentos e três mil, quinhentos e onze reais e sessenta e nove centavos), de ICMS, **R\$ 1.277.633,78** (um milhão, duzentos e setenta e sete mil, seiscentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos), de multa por infração, e **R\$ 12.152.171,32** (doze milhões, cento e cinquenta e dois mil, cento e setenta e um reais e trinta e dois centavos), de multa recidiva, pelas razões acima evidenciadas.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de outubro de 2019..

Christian Vilar de Queiroz
Conselheiro Relator