



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

PROCESSO Nº 037.160.2015-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: EMPRESA BRASILEIRA TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL.

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

Repartição Preparadora SUBG. DA REC. DE RENDAS DA GER. REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO E CARLOS GUERRA GABÍNIO.

Relator: CONS.º. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Relatora Voto Divergente: CONS.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. NFST. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DISCUSSÃO DE MÉRITO QUE FAZ COISA JULGADA MATERIAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA ACUSAÇÃO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

In casu”, não ficou configurada a existência das notas fiscais de serviço de telecomunicação (NFST) denunciadas, mas a falta de emissão de documentos fiscais em ordem crescente, consecutiva e de forma contínua, sem intervalo ou quebra de sequência de numeração, conforme determina o Convênio ICMS 115/2003.

A fiscalização, ao imputar ao contribuinte a infração de “falta de lançamento de notas fiscais no livro de registro de saídas, deixou de instruir a autuação com provas da emissão dos documentos fiscais, restando improcedente a acusação.

Discutido o mérito do caso posto nos autos, o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão origina o fenômeno jurídico da coisa julgada material, que extingue a possibilidade de reexame dos mesmos fatos nesta instância administrativa..

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à maioria, com o voto de desempate da Presidente, e de acordo com o voto divergente da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar sentença monocrática e julgar improcedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000447/2015-00, lavrado em 27/3/2015, contra a EMPRESA BRASILEIRA TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

P.R.E

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de março de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, Acompanhando o voto original do relator PETRONIO RODRIGUES LIMA: SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e acompanhando o voto divergente: DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

Senhora Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, Senhores Conselheiros, Senhor Assessor Jurídico e demais serventuários deste Órgão Colegiado.

Com todo respeito ao entendimento do nobre Conselheiro Relator pelo voto proferido, peço vênia para discordar sobre a existência de vícios de natureza formal na peça vestibular, em relação à denúncia de FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS, tanto no tocante à descrição do fato, quanto ao enquadramento legal da infração.

Em sessão realizada nesta Corte de Justiça Fiscal no dia 21 de março de 2019, foi proferido voto do relator Cons. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA que declinou sua decisão pela **NULIDADE FORMAL** do Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00000447/2015-00, lavrado em 26/3/2015, contendo a seguinte denúncia:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS >> O contribuinte está sendo autuado por ter deixado de lançar as notas fiscais correspondentes às prestações efetuadas nos livros fiscais próprios.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE EMITIU NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NFST, **SEGUINDO OS PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS NO ITEM 2.1.2 DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO NO ANEXO ÚNICO DO CONVÊNIO ICMS 115/2003**, PORÉM NÃO LANÇOU NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS (EFD/SPED) AS NFST CONSTANTES DO QUADRO DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

POR OPORTUNO, ESCLARECEMOS QUE A AUSÊNCIA DAS NFST FOI CONSTATADA ATRAVÉS DA VERIFICAÇÃO DA QUEBRA DO SEQUENCIAL DA NUMERAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS APRESENTADOS, CONFORME QUADRO DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

ACRESCENTE-SE AO ARTIGO DADO POR INFRINGIDO, CLÁUSULA PRIMEIRA, CLÁUSULA QUINTA E ANEXO ÚNICO DO CONVÊNIO ICMS 115/2003. (g.n.)

Da leitura do voto surgiu a decisão da relatoria, conforme disposta na ementa, abaixo:

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. NFST. VÍCIO NA DESCRIÇÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na descrição da natureza da infração, apresenta-se viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal.

“In casu”, não ficou configurada a existência das notas fiscais de serviço de telecomunicação (NFST) denunciadas, mas a falta de emissão de documentos fiscais em ordem crescente, consecutiva e de forma contínua, sem intervalo ou quebra de sequência de numeração, conforme determina o Convênio ICMS 115/2003.

Em seus fundamentos, entendeu o ínclito Relator *ad quem*, que, no caso dos autos, embora comprovado que não foi observada a exigência da emissão das notas fiscais na sequência crescente e consecutiva de sua numeração, como exigido pelo Convênio ICMS 115/03, não há

provas nos autos de que os documentos de numeração faltante foram de fato emitidos, não havendo, assim, como penalizar o contribuinte pela falta de sua escrituração, como descrito na inicial. A fiscalização esclarece em Nota Explicativa, que a ausência das NFST teria sido constatada por meio da quebra sequencial da numeração dos documentos apresentados, o que não seria suficiente para garantir que teria havido, de fato, suas emissões.

Neste sentido, não havendo provas das emissões dos documentos fiscais denunciados, houve um descumprimento de obrigação acessória pela emissão de nota fiscal sem observância da numeração sequencial, crescente e consecutiva, de que trata o Convênio ICMS 115/03, havendo, assim, um erro quanto a descrição da natureza da infração, ensejando a sua nulidade por **vício de natureza formal**, em consonância com os artigos 16 e 17 da Lei nº 10.094/13, ponto sobre o qual ousou discordar, pelas razões a seguir exponho.

Inicialmente, considerando o princípio da verdade material, que orienta o Processo Administrativo Tributário, especialmente no que tange aos requisitos formais do lançamento em análise, impõe-se examinar a questão procedimental sob o prisma da legalidade.

Nesse prumo, faz-se necessário apontar as normas que prescrevem os requisitos de natureza formal do Auto de Infração e da Representação Fiscal no Estado da Paraíba, sem os quais qualquer imputação feita em face do contribuinte será nula de pleno direito.

Assim, a Lei Estadual nº 10.094/2013, que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributário, em seu art. 41, disciplina que:

“Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

(...)

V – a descrição da falta com o respectivo montante tributável:

VI – (...)

VII – o valor do tributo lançado de ofício”.

(Grifo não constante do original).

Ainda, do mesmo diploma, aplica-se o inciso III do art. 14, *in verbis*:

“Art.14. São nulos:

(...)

III – os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalva, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados”. (Grifo não constante do original).

Confrontando os dispositivos acima transcritos com o caso em análise, verifico que a fiscalização, na elaboração do Auto de Infração em referência, apontou correta e suficientemente a natureza da infração que entendeu estar configurada, o que afasta a ocorrência de vício formal.

Nesse aspecto, não restam dúvidas de que a autuante entendeu que teria havido infração às normas insertas nos artigos 119, VIII, e 277 do RICMS/PB, que determinam a obrigação do contribuinte de escriturar os livros e emitir documentos fiscais, sendo o que se extrai da nota explicativa do próprio AI, cujo trecho transcrevo:

O CONTRIBUINTE EMITIU NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NFST, SEGUINDO OS PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS NO ITEM 2.1.2 DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO NO ANEXO ÚNICO DO CONVÊNIO ICMS 115/2003, PORÉM NÃO LANÇOU NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS (EFD/SPED) AS NFST CONSTANTES DO QUADRO DEMONSTRATIVO EM ANEXO. (grifei)

Por outro lado, conforme visto, a fiscalização, na análise da documentação fiscal da recorrente, entendeu que o contribuinte teria obedecido aos ditames do item 2.1.2 d do Anexo Único do Convênio ICMS 115/03, emitindo as notas de forma sequencial e crescente, o que, em sua

compreensão, seria suficiente para demonstrar a emissão de notas fiscais.

A partir disso, a fiscalização, na certeza da ocorrência da falta de escrituração dos documentos fiscais, lavrou Auto de Infração que obedece a todos os requisitos constantes dos artigos 14 a 17 e 41 da Lei 10.094/2013.

Percebe-se, neste aspecto, que as duas infrações se mostram excludentes entre si: se o contribuinte emitiu as notas sem obedecer à sequência legal, não há que se falar em escrituração das lacunas, porquanto ausente a obrigação de escriturar documentos inexistentes, configurando infração apenas ao Convênio 115/03. Doutra banda, se o contribuinte emitiu as notas fiscais em sequência (o que deve ser provado), elimina-se a possibilidade de infração à norma do Convênio, restando configurada a falta de escrituração nos livros próprios disciplinada nos citados dispositivos do RICMS PB.

Com efeito, ao contrário das nulidades previstas no teor dos artigos 17, II e 41 da Lei 10.094/2013, no presente caso, não há que se falar em desacordo na descrição dos fatos, o que foi feito pela fiscalização. Ainda, também não subsiste qualquer insuficiência na determinação da matéria objeto da exigência tributária nem quanto ao sujeito passivo da obrigação acessória, itens que foram corretamente apresentados, de acordo com a interpretação da autuante dada aos fatos.

Diferentemente, tem-se a mais clara hipótese de enfrentamento do mérito da demanda, na qual se está a discutir a própria ocorrência do fato gerador da obrigação acessória imposta ao contribuinte, especificamente aquela indicada no Auto de Infração de nº 93300008.09.00000447/2015-00, qual seja, repita-se, a da falta do lançamento das NFST.

Trata-se, portanto, na visão desta Conselheira, de simples caso de análise das provas de ocorrência da infração ora imputada, o que enseja o exame do mérito da acusação, sendo necessário o julgamento de sua procedência ou improcedência (aspecto material).

No mérito, verifico que a autuante, interpretando a escrituração fiscal da recorrente, entendeu ter havido a emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações, deixando, porém, de anexar à acusação provas cabais da emissão das notas cuja emissão fora apenas presumida. De fato, não há nos autos quaisquer informações que comprovem a existência de tais notas fiscais, como chaves de acesso, destinatário, data, valor, etc.

Neste ponto, quanto à falta de provas da emissão das Notas Fiscais, concordo com a compreensão do Ínclito Relator, o que torna forçoso reconhecer, no mérito, a improcedência da acusação.

Quanto aos efeitos do julgamento do presente Recurso Voluntário, o trânsito em julgado do Acórdão decorrente fará coisa julgada administrativo material apenas no que se refere à não ocorrência de emissão das notas fiscais sujeitas à escrituração fiscal, nos exatos limites do Auto de Infração vergastado. Assim sendo, em tese, não haveria qualquer óbice à análise da ocorrência de emissão de notas fiscais em desobediência ao item 2.1.2 do Anexo Único do Convênio ICMS 115/03, porquanto se trata de matéria que não foi discutida nestes autos.

Todavia, tendo em vista tratar-se de procedimento que se faria mediante auto de infração específico, este teria que ser lavrado dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado.

Com efeito, as nulidades decorrentes de vício material não atraem a aplicação do art. 173, II do CTN, uma vez que essa regra é aplicável às nulidades por vício formal, o que não é o caso dos autos, consoante os fundamentos acima expedidos.

No caso, eventual apuração da ocorrência da infração fora alcançada pela decadência, haja vista que os fatos geradores em análise dizem respeito aos exercícios de 2010 a 2013, portanto há mais de cinco anos contados da sua possível ocorrência.

Assim, pelos fundamentos acima evidenciados, divirjo do voto do Nobre Relator, por entender que o presente caso se resolve na análise do mérito da acusação, o que significa dizer que seu trânsito em julgado fará coisa julgada administrativa em relação à matéria discutida, extrapolando o aspecto formal da sua lavratura.

Com este entendimento é que,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar sentença monocrática e julgar *improcedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000447/2015-00, lavrado em 27/3/2015, contra a EMPRESA BRASILEIRA TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, já qualificada nos autos, eximindo o contribuinte dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

As intimações devem ser encaminhadas à CLARO S/A, CCICMS nºs 16.242.344-6, 16.242.345-4 e 16.242342-0, conforme orientação Secretário de Estado da Receita, em seu Memorando nº 066/19-SER.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de março de 2019.

CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Conselheira Relatora

MAÍRA CATÃO DA