



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

PROCESSO Nº1723072016-8

TRIBUNAL PLENO

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

1ªRecorrida:CLARO S.A.

2ªRecorrente:CLARO S.A.

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

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ

Autuantes:CARLOS GUERRA GABÍNIO, MARISE DO Ó CATÃO

Relatora:CONS.ªTHAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS – ATIVAÇÃO DE CRÉDITOS DE RECARGA DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PRELIMINARES. QUESITOS DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA DO CONTRIBUINTE NÃO ENFRENTADOS NA INSTÂNCIA PRELIMINAR. CONFIGURADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Reputa-se eivada de vício a decisão de primeiro grau que deixou de apreciar pedido formulado pelo sujeito passivo. Acolhida a preliminar que suscita a sua nulidade, tendo em vista que a decisão que assim se apresenta encerra uma forma de cerceamento do direito de defesa, constitucionalmente assegurado ao acusado, devendo, por essa razão, ser declarada nula, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei. Prejudicada a análise das demais preliminares e, inclusive, da questão de mérito.

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 dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo desprovidimento do primeiro, e provimento do segundo, para declarar NULA a sentença exarada na instância prima, que considerou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76, lavrado em 14/12/2016, contra a empresa CLARO S/A., regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.147.111-0, devidamente qualificada nos autos.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de

agosto de 2019.

THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FELIPE TADEU LIMA SILVINO
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76 (fls. 3 a 5), lavrado em 14 de dezembro de 2016, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa:

Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre prestações de serviços de telecomunicações, em razão da falta de emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações NFST Modelo 22, por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, apurado conforme segue:

1. A diferença de ICMS a recolher, no montante de R\$ 42.194.978,99 apontada no presente auto de infração, é oriunda da falta de emissão de NFST por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, comercializados neste Estado pelos seus agentes intervenientes Aliança Distrib. de Gêneros Alimentícios Ltda. (CNPJ 07.649.462/0002-64 e insc. estadual 16.148.161-2) e D Lima Comércio de Telefonia Ltda. (CNPJ 08.628.446/0001-77 e insc. estadual 16.150.977-0) durante os exercícios de 2011 a 2015, conforme demonstrado nos quadros demonstrativos anexados ao presente auto;
2. O resultado em questão foi obtido através do confronto realizado entre os valores mensais das notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem débito de ICMS, de remessa/venda de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago para seus agentes intervenientes (Distribuidoras) Aliança e D Lima, e os valores mensais das NFST Modelo 22 emitidas pela autuada, com débito de ICMS, por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos comercializados pelos agentes intervenientes retromencionados;
3. As notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem débito de ICMS, destinadas aos agentes intervenientes mencionados, foram obtidas através de consulta realizada junto ao portal nacional da nota fiscal eletrônica, estando devidamente relacionadas nos demonstrativos anexos ao auto de infração em comento, e totalizaram a quantia de R\$ 356.822.560,40 (exercícios de 2011 a 2015);
4. Já no que se refere às NFST Modelo 22 emitidas pela Claro S/A, com débito de ICMS, por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos, correspondente aos créditos comercializados pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima, temos que esta relação de NFST foi obtida através dos arquivos eletrônicos fornecidos pela autuada a esta fiscalização, em razão das Notificações 11, 12 e 13 em anexo, e totalizaram a quantia de R\$ 206.126.206,88 (exercícios 2011 a 2015);
5. Os arquivos eletrônicos fornecidos pela Claro S/A se encontram gravados em quatro mídias digitais tipo DVD-R, em anexo, devidamente detalhados através de relatórios analíticos com informações relativas às NFST emitidas no período, bem como identificam, entre outros dados, o agente interveniente responsável pela revenda do respectivo crédito de recarga pré-pago;
6. De posse desses dados, confrontamos os valores dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago repassados para revenda aos agentes intervenientes Aliança e D Lima (R\$ 356.822.560,40), com os valores das NFST emitidas pela Claro S/A correspondente às ativações dos créditos de recarga comercializados pelos referidos agentes intervenientes (R\$ 206.126.206,88), e constatamos uma diferença total de R\$ 150.696.353,52 durante os exercícios de 2011 a 2015, valor este que denuncia a falta de emissão de NFST e, conseqüentemente, falta de recolhimento do ICMS correspondente, no valor total de R\$ 42.194.978,99;

7. *Cumpre salientar também, que consultando o sistema ATF desta Secretaria, constatamos que as revendas dos créditos de recarga pré-pagos efetuadas pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima foram destinadas a consumidores localizados neste Estado, conforme se comprova através dos valores consignados nos CFOP 5102,5403, 5405 e 5949, constantes dos relatórios em anexo, gerados a partir de declarações fornecidos pelos mesmos;*

8. *Por fim, acrescente-se aos dispositivos infringidos o art. 3º, inciso VII e art. 14, inciso III, ambos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e, ainda, o Decreto nº 26.146/08.*

Considerando infringido o art. 106 c/c o art. 3º, inciso VII e art. 14, inciso III, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os agentes fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 105.487.447,48, sendo R\$ 42.194.978,99 de ICMS, R\$ 42.194.978,99 de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96, e R\$ 21.097.489,50, de multa recidiva.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 6 a 173 dos autos, dentre os quais consta:

DEMONSTRATIVO DO ICMS TOTAL A RECOLHER DECORRENTE DO CONFRONTO ENTRE OS VALORES DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS MOD 55 DA CLARO S/A COM REMESSAS/ VENDAS DE CRÉDITOS DE RECARGAS PARA CELULARES PRÉ-PAGOS DESTINADAS À ALIANÇA DISTRIB. DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA (CNPJ 07.649.462/0002-64 E INSC. ESTADUAL 16.148.161-2 16.150.977-0) E D LIMA COMÉRCIO DE TELEFONIA LTDA (CNPJ 08.628.446/-000177 E INSC. ESTADUAL 16.150.977-0) E OS VALORES DAS NFST EMTIDAS POR CONTA DAS RESPECTIVAS PRESTAÇÕES DE TELEFONIA PARA CELULARES PRÉ-PAGOS – EXERCÍCIOS 2011 A 2015 (fl. 6), **NOTIFICAÇÕES Nºs 11, 12 E 13** (fls. 116 a 118), E **RESPOSTAS AS PRÉ-FALADAS NOTIFICAÇÕES** (fls. 119 a 136).

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração, em 15/12/2016, conforme aposição de assinatura no Termo de Ciência constante da exordial, fls. 5, por meio de representante legalmente habilitado, de acordo com os documentos apensos às fls. 165 a 171, a empresa autuada apresentou reclamação em tempo hábil.

Na peça reclamatória (fls. 176 a 195), inicialmente, o contribuinte apresenta uma resenha dos fatos (fls. 176 e 177), em seguida, propõe-se a demonstrar os motivos pelos quais a peça exordial deve ser cancelada, uma vez que:

a) preliminarmente, o crédito tributário exigido encontra-se parcialmente decaído, pois, tendo a intimação da Claro acerca do lançamento tributário ocorrido somente em 15/12/2016, todo o período anterior a 15/12/2011 encontra-se atingido pela decadência, pois fora do quinquênio previsto no art. 150, § 4º, CTN;

- b) no mérito, as recargas e cartões pré-pagos de telefonia móvel, independentemente de qual tenha sido a unidade de federação onde foram distribuídos, são tributados pelo ICMS no momento das respectivas ativações, ao estado onde os terminais estiverem habilitados, tendo sido vertida ao Estado da Paraíba exatamente a parcela que lhe cabia; e
- c) sucessivamente, as multas imputadas ao Contribuinte precisam ser revistas, pois:
- i. a multa aplicada no montante de 100% sobre o valor do ICMS pretensamente devido deve ser cancelada, por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória;
- ii. e, além disso, a “Multa por reincidência” foi imputada a à Empresa sem indicação de fundamentação legal e sem a comprovação de que a Empresa teria sido reincidente, o que, também, impede a manutenção da penalidade.

A impugnante alerta ainda que o libelo basilar destes autos guarda estrita relação com o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002648/2016-23, cuja ciência se deu na mesma data deste em exame, e está exigindo o recolhimento do FUNCEP a menor, referente ao ICMS ora cobrado. Em vista disso, alega conexão das autuações em questão, fato que recomendaria o julgamento em conjunto, consoante fls. 178.

Nesta linha, a reclamante prossegue com suas razões, arguindo, em preliminar, a decadência das parcelas anteriores a 15/12/2011 nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, motivo pelo qual devem ser extintas, conforme art. 156, inciso V, do CTN. Reforçando seu pleito, mencina jurisprudência do STJ e deste Colegiado, segundo fls. 178 e 179.

No mérito, argumenta que houve o correto recolhimento do ICMS-Comunicação no momento da ativação do cartão pré-pago de telefonia móvel, de acordo com fls. 179 a 189.

Prosseguindo em sua defesa, reitera a necessidade de cancelamento da multa por infração e da recidiva, fls. 189 a 192.

Na sequência, o sujeito passivo discorre quanto à necessidade de realização de diligência fiscal/ perícia para esclarecimento dos fatos. Neste sentido, requer diligência fiscal/ perícia para comprovar suas alegações defensuais, nos termos do art. 59 da Lei nº 10.094/13, a fim de responder os cinco quesitos por ele formulados às fls. 193.

Por fim, requer o acolhimento das suas razões de reclamar, reiterando os pedidos já expostos, conforme fls. 194.

Assevera ainda que provará o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente pela prova pericial contábil, que requereu, nos termos do art. 63 da Lei nº 10.094/13.

Pleiteia ainda que as intimações sejam encaminhadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, 119, 13º andar, Nova Lima-MG, CEP 34.000-056, de acordo com fls. 194.

Documentos instrutórios, fls. 196 a 297 dos autos.

Com informações de antecedentes fiscais (fls. 298 e 299), os autos foram conclusos (fls. 300) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu retornar os autos à fiscalização em diligência, conforme fls. 302 e 303, a fim de serem adotadas as seguintes providências para deslinde do contencioso tributário, *litteris*:

1 – Refazer os Levantamentos do Crédito Tributário dos exercícios de 2011 a 2015, excluindo dos aludidos demonstrativos fiscais, os documentos fiscais referentes às operações de devoluções de remessa das recargas aos intermediários;

2 – Extrair dos arquivos SPED/EFD Saídas dos anos acima citados, elaborando uma nova planilha fiscal com informações a respeito das operações de vendas internas e interestaduais de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, realizadas pelas empresas distribuidoras dos créditos de recarga ALIANÇA DISTRIB. DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, I.E. nº 16.148.161-2 e D LIMA COMÉRCIO DE TELEFONIA LTDA, I. E. nº 16.150.977-0.

O julgador fiscal destacou ainda que cumprida a diligência, o processo deveria retornar ao órgão julgador monocrático para apreciação e julgamento, de acordo com fls. 303.

Dando seguimento, os autos foram encaminhados aos autores do feito fiscal, que cumpriram a diligência requerida pelo órgão julgador singular, de acordo com informação fiscal às fls. 305 a 308 como também demonstrativos fiscais anexos às fls. 309 a 320.

Na referida informação fiscal (fls. 306 a 308), os autuantes relatam:

- o confronto entre as remessas/vendas de créditos de recarga de celular pré-pago, via Notas Fiscais Eletrônicas – NFe, Modelo 55, sem débito do ICMS, e as ativações dos créditos de recarga de celular pré-pago comercializados pelos distribuidores citados, cuja prestação de serviço de telecomunicações foi materializada mediante a emissão pela autuada (Claro S.A.) de Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações – NFST, com débito do ICMS;
- as informações referentes às ativações dos créditos de recarga utilizadas neste auto de infração foram fornecidas pela empresa autuada, por meio dos relatórios analíticos anexos às fls. 133/136, contendo os dados das transações de comercialização e ativação de créditos de recargas;
- 97,17% das revendas desses créditos realizadas pela ALIANÇA e D LIMA foram vendas internas, ou seja, destinadas a clientes domiciliados neste Estado, conforme demonstrativo às fls. 309/311;
- procederam a exclusão do valor de R\$ 381.396,00, relativo às notas fiscais de retorno de créditos pré-pagos (anulação da operação), na sequência, refizeram o cálculo do crédito tributário (fls. 307);
- não incluíram indevidamente os descontos nas NFe de remessa de créditos de cartões/recargas no valor da operação, uma vez que como tais descontos correspondem à remuneração/ comissão paga pela Claro S.A. aos distribuidores pelas vendas efetuadas, estes devem compor a base de cálculo do imposto, conforme art. 14, II, “a”, do RICMS/PB. Destacam ainda que tais descontos não são repassados aos adquirentes finais.

Demonstrativos instrutórios, anexos fls. 309 a 320.

Enfim, os autos retornaram ao órgão julgador de primeiro grau, onde foram examinados pelo julgador fiscal, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, em conformidade com o entendimento esposado na sentença expedida às fls. 347 a 363 e ementa infracitada, *litteris*:

ICMS. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA D ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE. MAJORAÇÃO DA PENALIDADE. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO PARCIAL.

- Com relação à decadência aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 01 de Janeiro até 30 de novembro de 2011.

- Constatada a falta de recolhimento do ICMS incidente nas prestações de serviços de telecomunicação relativas às ativações de recargas virtuais promovidas pela Autuada para usuários do serviço móvel de telefonia, cujo aparelho é habilitado na Paraíba, em razão da falta de emissão das notas fiscais de serviços de telecomunicação (NFST), modelo 22. Razões de defesa insuficientes para exclusão do lançamento. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Infração caracterizada em parte.

- Nos termos do art. 39 da lei nº 10.094/13, os termos a quo para caracterização da reincidência são a data do pagamento da infração, a data em que transitou em julgado a decisão administrativa condenatória da infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa. À vista disso, constatou-se, de modo parcial, a reincidência na prática da infração prevista no artigo 106, do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, devendo considerar a reincidência da multa por infração apenas a partir de maio de 2014.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Como resultado, a ora recorrente foi condenada ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 76.393.625,80, sendo R\$ 35.422.450,15 de ICMS, R\$ 35.422.450,15 de multa por infração, e R\$ 5.548.725,50 de multa recidiva. Em tempo, foi cancelado o crédito tributário no valor de R\$ 29.093.821,68, sendo R\$ 6.772.528,84 de ICMS, R\$ 6.772.528,84 de multa por infração, e R\$ 15.548.764,00 de multa recidiva.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via Notificação nº 00367347/2018, remetida por meio eletrônico, em conformidade com o art. 11, § 3º, “a”, da Lei nº 10.094/2013 e documentos anexos às fls. 367 e 368 dos autos, a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 370 a 394.

No recurso voluntário (fls. 370 a 394), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, inicialmente, o contribuinte narra os fatos ocorridos, de acordo com fls. 370 a 372.

Na sequência, externa sua estima e consideração pela fiscalização e julgador fiscal, para, então, requerer a reforma parcial da sentença singular pelas seguintes razões, conforme registrado às fls. 372 e 373, *litteris*:

a) *Preliminarmente, a diligência realizada pela Fiscalização (Informação Fiscal de fls. 305/320) em determinação ao despacho da GEJUP de fls. 302/303 padece de nulidade, já que, por um lado, (i) foram integralmente desconsiderados os quesitos formulados pela Recorrente no tópico 4.3 de sua impugnação (fls. 193); e, ainda, (ii) não foi aberta vista ao Contribuinte para que se manifestasse a respeito das conclusões da Informação Fiscal, previamente à sua apreciação pela GEJUP, o que acabou por violar o contraditório e a ampla defesa;*

b) *Ainda, em sede preliminar, o crédito tributário compreendido entre 01.12.2011 e 15.12.2011 também se encontra fulminado pela decadência, a teor do art. 150, § 4º do CTN, plenamente aplicável ao presente caso, como já reconhecido pela decisão monocrática;*

c) *No mérito, a exigência fiscal não merece prosperar, pois:*

i. *os créditos de telefonia móvel, independentemente de qual tenha sido a unidade de federação onde foram distribuídos, são tributados pelo ICMS no momento das respectivas ativações, ao estado onde os terminais estiverem habilitados, tendo sido vertida ao Estado da Paraíba exatamente a parcela que lhe cabia;*

ii. *além disso, a sistemática adotada pela Fiscalização para a apuração do crédito tributário em voga é equivocada, já que desconsidera a inexistência de correlação necessária entre as remessas e as ativações, em determinado período de tempo;*

d) *Sucessivamente, as multas imputadas ao Contribuinte precisam ser revistas, pois:*

i. *a multa aplicada no montante de 100% sobre o valor do ICMS pretensamente devido deve ser cancelada, por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória;*

ii. *e, além disso, a “Multa por Reincidência” foi imputada à Empresa sem indicação da fundamentação legal e sem a comprovação de que a Empresa teria sido reincidente, o que, também, impede a manutenção da penalidade.*

A partir deste breve resumo das suas razões, a ora recorrente passa a desenvolver sua tese recursal acerca dos pontos acima mencionados, conforme fls. 373 a 394.

Ao final, reitera os pedidos supracitados (fls. 393), e, no mérito, pleiteia também (fls. 393) o reconhecimento da ilegitimidade da exigência fiscal, vez que, no seu entender, observou estritamente a regra tributária prevista no Decreto nº 26.146/05 que incorporou neste Estado as disposições do Convênio ICMS nº 55/05.

Reitera seu pedido de perícia contábil com o fito de provar suas alegações formuladas nestes autos, nos termos do art. 63 da lei nº 10.094/2013, segundo fls. 394.

Novamente, solicita que as intimações do presente feito sejam encaminhadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, 119, 13º andar, Nova Lima-MG, CEP 34.000-056, de acordo com fls. 394.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Registre-se que, em 2/8/2019, o representante legal da ora recorrente protocolou pedido de sustentação oral das suas razões de recorrer, motivo pelo qual solicitei parecer acerca da legalidade do lançamento à Assessoria Jurídica desta Casa, em conformidade com o art. 20, X, da Portaria GSER nº 75/2017 – Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, que, posteriormente, foi colacionado aos autos.

É o relatório.

VOTO

Versam estes autos a respeito de *recursos hierárquico e voluntário* impetrados contra decisão singular, que decidiu pela *parcial procedência* do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76, lavrado em 14/12/2016, denunciando **falta de recolhimento do ICMS**, em conformidade com a nota explicativa abaixo trasladada das fls. 4 dos autos:

Nota Explicativa:

Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre prestações de serviços de telecomunicações, em razão da falta de emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações NFST Modelo 22, por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, apurado conforme segue:

1. A diferença de ICMS a recolher, no montante de R\$ 42.194.978,99 apontada no presente auto de infração, é oriunda da falta de emissão de NFST por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, comercializados neste Estado pelos seus agentes intervenientes Aliança Distrib. de Gêneros Alimentícios Ltda. (CNPJ 07.649.462/0002-64 e insc. estadual 16.148.161-2) e D Lima Comércio de Telefonia Ltda. (CNPJ 08.628.446/0001-77 e insc. estadual 16.150.977-0) durante os exercícios de 2011 a 2015, conforme demonstrado nos quadros demonstrativos anexados ao presente auto;
2. O resultado em questão foi obtido através do confronto realizado entre os valores mensais das notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem débito de ICMS, de remessa/venda de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago para seus agentes intervenientes (Distribuidoras) Aliança e D Lima, e os valores mensais das NFST Modelo 22 emitidas pela autuada, com débito de ICMS, por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos comercializados pelos agentes intervenientes retromencionados;
3. As notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem débito de ICMS, destinadas aos agentes intervenientes mencionados, foram obtidas através de consulta realizada junto ao portal nacional da nota fiscal eletrônica, estando devidamente relacionadas nos demonstrativos anexos ao auto de infração em comento, e totalizaram a quantia de R\$ 356.822.560,40 (exercícios de 2011 a 2015);
4. Já no que se refere às NFST Modelo 22 emitidas pela Claro S/A, com débito de ICMS, por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos, correspondente aos créditos comercializados pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima, temos que esta relação de NFST foi obtida através dos arquivos eletrônicos fornecidos pela autuada a esta fiscalização, em razão das Notificações 11, 12 e 13 em anexo, e totalizaram a quantia de R\$ 206.126.206,88 (exercícios 2011 a 2015);
5. Os arquivos eletrônicos fornecidos pela Claro S/A se encontram gravados em quatro mídias digitais tipo DVD-R, em anexo, devidamente detalhados através de relatórios analíticos com informações relativas às NFST emitidas no período, bem como identificam, entre outros dados, o agente interveniente responsável pela revenda do respectivo crédito de recarga pré-pago;
6. De posse desses dados, confrontamos os valores dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago repassados para revenda aos agentes intervenientes Aliança e D Lima (R\$ 356.822.560,40), com os valores das NFST emitidas pela Claro S/A correspondente às ativações dos créditos de recarga comercializados pelos referidos agentes intervenientes (R\$ 206.126.206,88), e constatamos uma diferença total de R\$ 150.696.353,52 durante os exercícios de 2011 a 2015, valor este que denuncia a falta de emissão de NFST e, conseqüentemente, falta de recolhimento do ICMS correspondente, no valor total de R\$ 42.194.978,99;

7. Cumpre salientar também, que consultando o sistema ATF desta Secretaria, constatamos que as vendas dos créditos de recarga pré-pagos efetuadas pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima foram destinadas a consumidores localizados neste Estado, conforme se comprova através dos valores consignados nos CFOP 5102,5403, 5405 e 5949, constantes dos relatórios em anexo, gerados a partir de declarações fornecidos pelos mesmos;

8. Por fim, acrescente-se aos dispositivos infringidos o art. 3º, inciso VII e art. 14, inciso III, ambos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e, ainda, o Decreto nº 26.146/08.

Tais irregularidades se referem aos exercícios de 2011 a 2015.

Inicialmente, cumpre observar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, via de consequência, impõe-se seu conhecimento.

Passo, pois, à análise da primeira preliminar suscitada na peça recursal.

De acordo com a ora recorrente, a decisão singular deve ser nula, vez que o julgador fiscal não observou os quesitos por ela formulados na realização da diligência fiscal (fls. 302 e 303), por ele suscitada, tampouco deu conhecimento ao contribuinte do resultado do trabalho fiscal (fls. 305 a 320) para que manifestasse suas razões, violando, assim, os princípios constitucionalmente assegurados do contraditório e ampla defesa, também preconizados no art. 32 da Lei nº 10.094/2013.

Desse modo, a recursante pleiteia a nulidade da sentença de primeiro grau, com reabertura de diligência fiscal/ perícia, para que, nos termos do art. 59 da Lei nº 10.094/13, sejam respondidos os quesitos formulados desde a impugnação, reproduzidos às fls. 374 e 375.

Postula ainda que, caso não seja acolhido o pedido de nulidade da sentença proferida pela instância prima, este Conselho de Recursos Fiscais determine a realização de diligência fiscal/ perícia para que sejam respondidos os quesitos supracitados.

Examinando o pedido de diligência fiscal (fls. 302e 303) como também a sentença monocrática acostada aos autos às fls. 347 a 365, depreende-se que, de fato, o julgador fiscal não se pronunciou claramente acerca dos quesitos propostos pela ora recorrente, embora tenha formulado pedido de diligência à fiscalização.

Vale destacar que não houve qualquer vício a ser considerado na solicitação formulada pelo julgador *a quo*, a quem cabe formar livremente a sua convicção, desde que motivada, podendo, inclusive, determinar a produção das provas que entender necessárias, conforme reza o art. 71 da Lei nº 10.094/2013. Veja-se:

Art. 71. Na apreciação do litígio, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção de forma motivada, podendo determinar a produção das provas que entender necessárias.

Todavia, à luz das disposições contidas no art. 62 deste mesmo diploma normativo, qualquer manifestação do contribuinte que tem por escopo se opor ao lançamento, considera-se como defesa e, como tal, deve ser apreciada, senão vejamos:

Art. 62. A defesa compreende qualquer manifestação do sujeito passivo com vistas a, dentro dos princípios legais, mediante processo, impugnar, apresentar recurso ou opor embargos.

Assim, considerando que o pedido de diligência não foi atendido na forma requerida pelo contribuinte, deveria o julgador fiscal apreciar a matéria aventada pela recorrente, ainda que para rejeitá-la, não incorrendo em omissão, que, uma vez observada, macula o processo administrativo fiscal atraindo para si vício insanável, prejudicando o exercício da ampla defesa e do contraditório do sujeito passivo e, por via de consequência, incorrendo em cerceamento ao direito de defesa da empresa recorrente.

Desse modo, em consonância com o parecer exarado pela Assessoria Jurídica desta Casa, acolho a preliminar suscitada, visto que a sentença que não apreciou a defesa validamente apresentada contém um vício processual e, por esse fato, deve ser declarada nula de pleno direito, para que seja respeitado o direito de defesa da recorrente, mediante apreciação, pelo julgador singular, dos quesitos formulados pelo sujeito passivo para diligência fiscal.

Tendo em vista o desfecho acima, resta prejudicada a análise das demais preliminares e, principalmente, do mérito da causa.

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e

tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desproimento* do primeiro, e *provimento* do segundo, para declarar *NULA* a sentença exarada na instância prima, que considerou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76, lavrado em 14/12/2016, contra a empresa CLARO S/A., regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.147.111-0, devidamente qualificada nos autos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de agosto de 2019.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora