

PROCESSO Nº 0027772016-8

ACÓRDÃO Nº 0441/2021

TRIBUNAL PLENO

Embargante: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S. A. EMBRATEL

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO e CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: Cons.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram inócuos para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pela instância *ad quem*.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do Recurso de Embargos de Declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 358/2020, que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000020/2016-93, lavrado em 11 de janeiro de 2016 em desfavor da empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., inscrição estadual nº 16.055.892-1.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, que deve observar o comando contido no § 10 do art. 11 da Lei nº 10.094/2013.

Encaminhar notificação ao endereço dos Advogados: Dr. Ronaldo Redenschi (OAB/RJ nº 94.238) e Dr. Julio Salles Costa Janolio (OAB/RJ nº 119.528), com escritório na Praça XV de Novembro, nº 20, 12º Andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ.

P.R.I.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 24 de agosto de 2021.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA

Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, ALEX TAVEIRA DOS SANTOS (SUPLENTE) E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 0027772016-8

TRIBUNAL PLENO

Embargante: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S. A. EMBRATEL

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO e CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram inócuos para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pela instância *ad quem*.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração interposto pela empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, contra a decisão proferida no Acórdão nº 358/2020, que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento Nº 93300008.09.00000020/2016-93 (fls. 3 e 4) lavrado em 11 de janeiro de 2016, no qual constam as seguintes acusações, *ipsis litteris*:

0286 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, DETECTADO ATRAVÉS DO CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES NAS CONTAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (FATURAS) E OS REGISTRADOS NAS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO (NFST) EMITIDAS PELA EMPRESA NO PERÍODO DE JANEIRO/2011 A DEZEMBRO/2011. A DIFERENÇA APURADA SE ENCONTRA DETALHADA ATRAVÉS DE QUADROS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. O LEVANTAMENTO FOI REALIZADO COM BASE NOS ARQUIVOS TXT DAS CONTAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (FATURAS) FORNECIDOS PELA EMPRESA, CERTIFICADOS ATRAVÉS DE HASH CODE MD5 E AUTENTICADOS CONFORME RECIBOS EM ANEXO. ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS, O INCISO III DO ART. 2º, INCISO VII DO ART. 3º, INCISO VI DO ART. 13 E INCISO III DO ART. 14, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, C/C ALÍNEA G DO INCISO I DO ART. 2º DA LEI 7.611/2004 (FUNCEP) E INCISO VII DO ART. 2º DO DECRETO 25.618/2004 (FUNCEP).

Na instância prima, a julgadora fiscal Eliane Vieira Barreto, após análise dos autos, exarou sentença decidindo pela parcial procedência do feito fiscal, nos termos da ementa que abaixo reproduzo:

ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS – DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE.

- A incidência do ICMS compreende todas as prestações onerosas de serviço de comunicação, por qualquer meio, inclusive, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, independentemente da denominação que lhes seja dada.

- Se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

- In casu, a defesa, por meio de provas irrefutáveis, comprovou a inclusão indevida de alguns valores no levantamento fiscal, reduzindo, ipso facto, o crédito tributário.

- Nulidade dos créditos tributários referentes à parte do Funcep, por vício formal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Inconformada com os termos da sentença, a autuada interpôs recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual requereu o reconhecimento da nulidade da autuação por vício na identificação do sujeito passivo.

Apreciado o referido recurso pela Segunda Câmara de Julgamento desta instância *ad quem*, os conselheiros, à unanimidade, e de acordo com o voto desta relatoria, proveram o voluntário para reformar a decisão singular e julgar nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento supracitado, ficando registrada a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, nos termos do art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Na sequência, este Colegiado promulgou o Acórdão nº 358/2020, cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – CONFIGURADA – NULIDADE – VÍCIO FORMAL - AUTO DE INFRAÇÃO NULO – REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Comprovação da incorporação da empresa por outra, com a consequente extinção da sociedade, impõe o reconhecimento da ilegitimidade passiva, nos termos do art. 132, do CTN e, conseqüentemente, o reconhecimento da nulidade formal, nos termos do art. 17, I da Lei nº 10.094/2013.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte foi notificado da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, por via postal, em 09 de março de 2021.

A recorrente, irresignada com a decisão consignada no Acórdão nº 358/2020, interpôs o presente Recurso de Embargos de Declaração (fls. 364 a371), o qual foi protocolado pela repartição preparadora no dia 04/01/2021, onde constam, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) Que o Acórdão recorrido entrou em contradição ao entender que o vício incorrido pela autoridade fiscal seria meramente formal, e não material;
- b) Que o contribuinte forneceu de forma correta e regular as suas informações à Receita Estadual;
- c) Que a Receita Estadual detinha pleno conhecimento da incorporação da Embratel S/A pela ora Embargante;

Em sequência os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Eis o breve relato.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios apresentado pela empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 358/2020.

O presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade*. Senão vejamos:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

O Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, em seu artigo 87, estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso:

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Na verificação dos prazos processuais, denota-se que o presente recurso de embargos de declaração apresenta-se tempestivo, uma vez que fora interposto dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias.

Em descontentamento com a decisão proferida, à unanimidade, pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos, alegar que o Acórdão guerreado foi contraditório por ter reconhecido a nulidade por vício formal, quando, no seu entendimento, a indicação incorreta do sujeito passivo denota nulidade por vício material.

Pois bem, a Lei nº 10.094/13, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no Estado da Paraíba, delimitou de forma precisa os casos que configuram nulidade por vício formal, *in verbis*:

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;** (grifos acrescidos)

(...)

Convém rememorar que a competência dos órgãos julgadores da instância administrativa possui limitação material, mais especificamente, em relação a reconhecimento de ilegalidade de norma, conforme pode ser constatado pela previsão contida no Parágrafo Único do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, *in verbis*:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. **É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.** (grifos acrescidos)

Dessa forma, o recurso interposto apresenta apenas efeitos protelatórios, pois o Acórdão guerreado apresentou uma perfeita subsunção, aplicando a norma legal em abstrato ao caso concreto.

Ad argumentandum tantum, o art. 142 do Código Tributário Nacional estabelece obrigação de identificação do **sujeito passivo** da relação obrigacional tributária, conceito este que engloba tanto o contribuinte quanto o responsável pelo cumprimento da prestação.

Vale destacar que a notificação do Auto de Infração ocorreu de forma pessoal, em nome da Sra. Rozilene V. S. Viana, que se identificou como integrante da “Gerência Regional Tributária – NE – Embratel – CRC 2744” (fls. 04).

Pois bem, a notificada, ao tomar conhecimento do procedimento fiscal, forneceu Ata da Assembleia Geral Extraordinária da CLARO S.A., na qual consta a aprovação da incorporação da empresa Embratel S.A., e Procuração do 9º Tabelião de Notas – São Paulo – SP (Livro 10.515, Folhas 099 a 111), confeccionada em 13 de abril de 2015 (fls. 51 a 57), na qual a **CLARO S.A.**, pelo prazo de 01 ano, outorgou poderes de representação perante qualquer órgão do poder Federal, Estadual e Municipal, entre outros representantes, à Sra. Rozilene Venâncio da Silva Viana (fls. 56).

Assim, a própria notificada comprovou que no ato de notificação o sujeito passivo, na condição de contribuinte e de responsável por sucessão, tomou ciência do procedimento, tanto assim que desde a apresentação da impugnação a defesa administrativa foi exercida pela “**Claro S/A sucessora por incorporação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel**”, comprovando que não há que se falar em prejuízo ao exercício do direito de defesa.

Esta Casa revisora já se debruçou sobre o debate acerca da natureza dos vícios de lançamento, vale o destaque para o seguinte excerto do Voto no Acórdão nº 0001/2021¹ de Relatoria do Conselheiro Sidney Watson Fagundes da Silva, *in verbis*:

Sobre a matéria, convém observamos a ementa do Parecer PGFN/CAT Nº 278/2014:

PARECER PGFN/CAT Nº 278/2014

Parecer Público. Ausência de hipótese que justifique a imposição de qualquer grau de sigilo (Lei nº 12.527/11 - Lei de Acesso à Informação -, arts. 6º, I, 23 e 24).

LANÇAMENTO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NATUREZA DO DEFEITO. POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OU MATERIAL NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

I - O erro na identificação do sujeito passivo, quando do lançamento, pode caracterizar tanto um vício material quanto formal, a depender do caso

¹ ACÓRDÃO nº 0001/2021

Processo nº 0863532019-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: MARISA LOJAS S. A.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ – CAMPINA GRANDE

Autuantes: MARIA DO SOCORRO CONSERVA ARRUDA E FRANCISCA SANDRA DE SOUZA CRISPIM

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

ESTOQUE A DESCOBERTO (FISCALIZAÇÃO PERÍODO ABERTO) – NULIDADE – VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – INFRAÇÃO CARACTERIZADA - MULTA APLICADA – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO

- A incorreta descrição dos fatos, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal do lançamento a título de estoque a descoberto, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

- Os levantamentos fiscais que apontaram a ocorrência de vendas de mercadorias tributáveis desacompanhadas de documentação fiscal foram elaborados com base nas informações prestadas pela própria autuada por meio de arquivos de Escrituração Fiscal Digital. Admitir-se a existência de imperfeições operacionais da empresa sem qualquer prova que as fundamente como justificativa para afastar a exigibilidade do crédito tornaria inócua a redação do § 1º do artigo 1º do Decreto nº 30.478/09, porquanto inviabilizaria qualquer procedimento fiscal, já que permitiria a omissão de informações necessárias à apuração do crédito tributário referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, acarretando consideráveis prejuízos ao Fisco.

- A análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade aplicada é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

concreto, não se podendo afirmar, aprioristicamente, em que categoria o defeito se enquadra.

II - Se o equívoco se der na “identificação material ou substancial” (art. 142 do CTN), o vício será de cunho “material”, por “erro de direito”, já que decorrente da incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato. Por outro lado, se o engano residir na “identificação formal ou instrumental” (art. 10 do Decreto nº 70.235/72), o vício, por consequência, será “formal”, eis que provenientes de “erro de fato”, hipótese em que se afigura possível a aplicação da regra insculpida no art. 173, II, do CTN. (g. n.)

O referido parecer, não obstante tratar mais especificamente da nulidade por indicação incorreta do sujeito passivo, também delimita contornos afetos à matéria em apreciação e, por este motivo, merece ser analisado com desvelo, tendo seu conteúdo valor didático inquestionável. Senão vejamos:

“Note-se, portanto, que a completa identificação do sujeito passivo da obrigação tributária passa, necessariamente, por duas etapas ou fases: a primeira, dita material, que se refere ao conteúdo do lançamento e exige a interpretação e aplicação da legislação de regência do tributo para se apurar quem deve pagá-lo; e a segunda, de caráter instrumental, que diz respeito à forma do lançamento e demanda a exteriorização do conjunto de caracteres jurídicos que individualizam aquele que se apurou ter o dever de adimplir a obrigação, assegurando-lhe o direito de ampla defesa.”

Ainda tomando emprestado o Parecer PGFN/CAT Nº 278/2014, observemos:

“Consoante item 10.1 da solução de consulta em comento, no erro de direito há incorreção no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) com o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra matriz de incidência, qual seja, o pessoal. Há erro no ato-norma. É vício material e, portanto, impossível de ser convalidado.”

No erro de direito, há imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência.

Conforme explicitado, o próprio sujeito passivo deu causa à confusão quanto à identificação do sujeito passivo que deveria constar no lançamento, pois, a representante a empresa Claro S.A. (incorporadora), dotada de poderes conferidos por Procuração Pública, continuou a se apresentar como representante da empresa Embratel S.A., conforme atesta a assinatura contida no auto de infração.

Assim, não restou configurado equívoco no “cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário”, pois tanto a pessoa jurídica Embratel S.A. quanto a Claro S.A. possuem relação com o fato gerador do tributo.

Diante do exposto, o que se observa é o estrito cumprimento da legalidade e coerência nas decisões administrativas relativas ao caso em comento, não havendo fundamentos para acolhimento das razões recursais apresentadas, além da impossibilidade de rediscussão de mérito neste momento processual, motivo pelo qual nego efeitos infringentes, para declarar inalterada a decisão proferida no acórdão embargado.

Com relação ao requerimento que pugna que as notificações e intimações sejam direcionadas ao patrono do sujeito passivo, deve ser registrado que tal solicitação possui amparo no § 10 do art. 11 da Lei nº 10.094/2013, dispositivo acrescido na referida norma em 14.12.18 (Lei nº 11.247/18), que assim estabelece:

§ 10. Para efeitos do § 9º e em caso de endereço desatualizado no CCICMS/PB, fica facultado ao sócio administrador da empresa ou ao representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS indicar endereço no Processo Administrativo Tributário para intimação dos atos referentes a este Processo.

Considerando que o sujeito passivo está com a situação cadastral baixada desde 05/05/2016, deve ser reconhecido o direito ao direcionamento do endereço.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Embargos de Declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 358/2020, que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000020/2016-93, lavrado em 11 de janeiro de 2016 em desfavor da empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A., inscrição estadual nº 16.055.892-1.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, que deve observar o comando contido no § 10 do art. 11 da Lei nº 10.094/2013.

Encaminhar notificação ao endereço dos Advogados: Dr. Ronaldo Redenschi (OAB/RJ nº 94.238) e Dr. Julio Salles Costa Janolio (OAB/RJ nº 119.528), com escritório na Praça XV de Novembro, nº 20, 12º Andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de vídeo conferência, em 19 de agosto de 2021.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832