



PROCESSO Nº 0875722019-0

ACÓRDÃO Nº 561/2024

TRIBUNAL PLENO

Embargante: OI MÓVEL S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF/PB

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E ERRO MATERIAL NÃO CONFIGURADOS. EFEITOS INFRINGENTES NÃO RECONHECIDOS. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por objeto a existência de erro material e omissão na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, inovam e não encontram fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, ficando, pois, fulminada a possibilidade de sucesso por parte da interessada. Mantido, portanto, o Acórdão questionado.

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 dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterado o Acórdão 309/2024 do Tribunal Pleno deste e. Conselho de Recursos Fiscais, que declarou nula a decisão de primeira instância que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de outubro de 2024.



EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, HEITOR COLLETT E RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0875722019-0

TRIBUNAL PLENO

Embargante: OI MÓVEL S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF/PB

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E ERRO MATERIAL NÃO CONFIGURADOS. EFEITOS INFRINGENTES NÃO RECONHECIDOS. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por objeto a existência de erro material e omissão na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, inovam e não encontram fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, ficando, pois, fulminada a possibilidade de sucesso por parte da interessada. Mantido, portanto, o Acórdão questionado.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15, lavrado em 30 de maio de 2019 (fis. 4 e 5), em desfavor da empresa OI MÓVEL SA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, no qual consta a seguinte acusação:

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

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER PARCELA INDEVIDA SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, EFETUADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL, NA QUALIDADE DE SUCESSOR EMPRESARIAL DA EMPRESA TNL PCS S/A CCICMS Nº 16132064-3, COM O DEVER DE DILIGÊNCIA, DEIXOU DE CUMPRIR A PRERROGATIVA IMPOSTA NO § 23 DO ART. 33 DO



RICMS/PB, QUE TRATA DA REGULARIZAÇÃO DO RECOLHIMENTO DOS DÉBITOS FISCAIS REMANESCENTES DOS PERÍODOS ABRANGIDOS NO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00000901/2015-23 LAVRADO POR DESCUMPRIMENTO DO § 22 DO ART. 33 ACARRETANDO A IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL ESTABELECIDO NA ALÍNEA B DO INCISO XI DO ART. 33 DO RICMS PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18930/97, REFERENTE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE FORMA QUE A CARGA TRIBUTÁRIA SEJA REDUZIDA PARA 10% NO LEVANTAMENTO EFETUADO PELA FISCALIZAÇÃO PARA A APURAÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, CONSIDERAMOS A TRIBUTAÇÃO DO ICMS INTEGRAL (28%), DEDUZINDO O VALOR DO ICMS DECLARADO/RECOLHIDO. A AUDITORIA FOI REALIZADA POR MEIO DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 BEM COMO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA A ELABORAÇÃO DO ANEXO I - DEMONSTRATIVO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) QUE DEIXARAM DE SER TRIBUTADAS PELA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO (MÍDIA CD-ROM), QUE INTEGRAM O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. O VALOR DA REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA É IGUAL AO VALOR DO ICMS LEVANTADO, HAJA VISTA A ININTERRUPTA EXISTÊNCIA DE SALDO DEVEDOR NO PERÍODO AUDITADO, SENDO DESSE MODO RECONSTITUIÇÃO DA CONTA GRÁFICA.

Em decorrência destes fatos, às Autoridades Fazendárias lançaram de ofício o crédito tributário total de **R\$ 128.443,17** (cento e vinte e oito mil, quatrocentos e quarenta e três reais e dezessete centavos), sendo **R\$ 84.295,44** (oitenta e quatro mil, duzentos e noventa e cinco reais e quarenta e quatro centavos) de ICMS, por inobservância ao art. 106 do RICMS/PB; **R\$ 42.147,73** (quarenta e dois mil, cento e quarenta e sete reais e setenta e três centavos) de multa, com fulcro no art. 82, II, "e" da Lei nº 6.379/96.

Cientificada pessoalmente em 30/05/2019 (fl. 5), a autuada ingressa com reclamação tempestiva, contrapondo-se à acusação com as seguintes afirmações:

- a. O art. 106 do RICMS/PB é extenso, não sendo possível saber qual foi a suposta infração cometida;
- b. Os créditos tributários anteriores a 30/05/2014 encontram-se fulminados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN;
- c. O direito veda a retroatividade do próprio direito;
- d. Um auto de infração lavrado em 2015 não pode servir de fundamento para o cancelamento de sistemática legal que já tinha sido observada pelo contribuinte em 2014;



- e. O contribuinte tinha o direito de aplicar o art. 33, XI, "b" nos meses acusados nos autos de infração;
- f. A multa imputada deve ser cancelada porque se baseia em dispositivo legal inaplicável à situação apresentada nos autos;

Por fim, a Impugnante requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por vício na fundamentação, a decadência dos lançamentos anteriores a 30/05/2014, e no mérito a improcedência da exigência fiscal, assim como que a multa aplicada seja cancelada; e que as intimações sejam feitas em nome de seu procurador.

Conclusos os autos, às fls. 72, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Processos Fiscais - GEJUP, tendo sido, nos termos regimentais, distribuídos ao Julgador Fiscal Francisco Nociti, o qual lavrou decisão pela improcedência do Auto de Infração, nos termos sintetizados na ementa abaixo exposta:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

Os elementos e fatos apresentados nos autos não corroboraram a acusação.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Em observância ao dispositivo no artigo 80 da Lei nº 10.094/13, os autos foram submetidos em sede de Recurso de Ofício a esta instância *ad quem*.

Cientificada da decisão de primeira instância, via DTe, em 19/07/2021 (fls.86), a autuada não mais se manifestou. Os autos foram, nos termos regimentais distribuídos à esta relatoria para apreciação e julgamento, não sem antes submete-los à realização de diligência fiscal (fls. 88), por meio do qual requereu-se dos fiscais exposição de motivos e/ou demonstração de comprovações que assentam a qualidade de sucessor empresarial da OI MOVEL S.A – EM RECURPERAÇÃO JUDICIAL em relação à TNL PCS S.A, eis que à época do fato gerador (01/05/2014 a 30/06/2014) a empresa TNL PCS S.A. encontrava-se ativa, posto que somente tivera a baixa homologada em 21/09/2018, ao passo que o auto de infração fora lavrado em 30/05/2019.

Em Manifestação Fiscal (fls. 107), assentou o r. auditor:

Discordamos veemente da decisão do julgador singular quando anulou o lançamento, efetuado em cumprimento a consolidado entendimento de que, devem figurar como autuados, nos casos de sucessão empresarial, onde no momento da lavratura da peça acusatória já se tenha a devida informação



cadastral sobre a incorporação efetuada, agravado pela conseqüente extinção (liquidação) da empresa incorporada, pela empresa incorporadora.

Desta forma, desnecessária para o mérito a juntada de demais elementos para o julgamento da lide. A presente autuação recai sobre a empresa sucessora justamente por fato continuado, que teve como origem descumprimento de pressuposto para manutenção de beneplácito fiscal, descumprimento este originado muito antes do fato gerador em questão, assumindo os presentes lançamentos mera atualização de períodos ainda não contemplados no Auto de Infração nº 93300008.09.00000901/2015-23, e cuja condição de não regularização ainda persiste até a presente data, sendo objeto desde a data da inadimplência original, de lançamentos sucessivos, para exigência legal do quantum tributário a ser recolhido, inclusive quanto aos demais períodos supervenientes aos citados.

Os autos foram, então, julgados na 185ª Sessão do Tribunal Pleno deste e. Conselho de Recursos Fiscais, ocasião em que fora, à unidade, julgado o processo a fim de que fosse declarada nula a decisão de primeira instância, que havia declarada a improcedência da acusação em razão da ausência de provas da sucessão., justamente por ser de notório conhecimento tal operação. Veja-se a ementa:

ACÓRDÃO Nº 309/2024

PROCESSO Nº 0875722019-0

RECURSO DE OFÍCIO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: OI MÓVEL S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

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

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA. RECURSO DE OFÍCIO. PROVIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

- Uma vez que o auto de infração fora lavrado face empresa incorporadora, não se identifica vício ou improcedência no lançamento consignado.

- Em respeito ao duplo grau de jurisdição, necessário se faz a prolação de uma nova decisão

Embora somente cientificado, via DT-e, da decisão em 10.09.2024, o referido acórdão foi publicado em 04.07.2024, tendo a autuada apresentado embargos de declaração em 12.07.2024, por meio do qual argumenta:



- Que a decisão incorreu em erro material (erro de premissa fática) e omissão, uma vez que não se discute no presente caso a responsabilidade da Oi Móvel S/A (empresa incorporadora) em relação aos tributos devidos pela TNL PCS S/A (empresa incorporada), mas, sim, a (i) legitimidade na exclusão da Oi Móvel S/A da sistemática prevista no art. 33, XI, “b” do RICMS, em razão da existência de prévio auto de infração lavrado em face da TNL PCS S/A, esclarecendo que, em que pese a incorporação resultar na transferência à empresa incorporadora de todos os direitos e obrigações assumidas pela incorporadora até a data da alteração societária (art. 227 da Lei nº 6.404/1976), essa transferência não abrange as penalidades aplicadas à empresa extinta, porque, nos termos do art. 5º, XLV da CRF/88, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Remetidos aos autos e Conselho de Recursos Fiscais, foram os mesmos redistribuídos à esta relatoria, por meio da qual são submetidos a julgamento colegiado.

Eis o relatório.

VOTO

Conforme exposto em relatório, versam os autos acerca de embargos de declaração opostos pela OI MÓVEL S/A (em recuperação judicial) relativamente à decisão proferida no Acórdão 309/2024, que declarou nula da decisão de primeira instância que, em síntese, entendeu que à época dos fatos geradores (maio e junho de 2014) as empresas TNL PCS/A e OI MÓVEL S/A eram empresas distintas, logo não podendo o auto de infração ter sido lavrado em face da segunda (incorporadora).

Apesar dos fatos geradores remontarem a 2014, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15, fora lavrado em 30 de maio de 2019, face a Oi Móvel S/A, posto que, nessa época, a TNL PCS S/A encontrava-se baixada.

Como a incorporação fora formalmente informada à SEFAZ/PB antes da lavratura do Auto de Infração, entendeu o Acórdão 309/2024 que fora correto o procedimento adotado pela fiscalização ao lavrar o Auto de Infração face a Oi Móvel S/A.

Essa fora a exegese do r. acórdão que, com a devida vênia, entendeu pela nulidade da decisão de primeira instância.

O argumento de que a incorporadora, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/1976 c/c artigo 5º XLV da CF, não responderia pelas penalidades atribuídas à



incorporada, não fora apresentado em sede de defesa e nem, tampouco, fora enfrentado pela decisão monocrática.

Ainda que não seja defeso à autuada apresentar novos argumentos em suas manifestações, inclusive em Embargos – o artigo 58 da Lei nº 10.094/13 somente refere-se à apresentação de provas documentais¹ - considerando que a argumentação da decisão da primeira instância tenha inovado em suas razões face aos argumentos trazidos pela defesa, não sendo vício conhecível de ofício, não poderia prosperar,

Assim, a argumentação apresenta em embargos de declaração é nova, somente neste momento se apresentando nos autos, não havendo prejuízo à sua reiteração antes da prolação de nova decisão pela instância monocrática de julgamento, eis que a anterior fora julgada nula

O Acórdão nº 309/2024, com efeito, declarou nula a referida decisão e, em respeito ao duplo grau de julgamento, os novos argumentos hão de ser apreciados naquela instância monocrática.

Assim, não há erro material ou omissão quando no Acórdão 309/2024 se, até aquele momento, não fora apresentado argumento de que a incorporadora, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/1976 c/c artigo 5º XLV da CF, não responderia pelas penalidades atribuídas à incorporada. Portanto, em respeito ao duplo grau de julgamento, a apresentação de nova decisão de 1º grau, para quem estas novas razões poderão ser submetidas à análise, desde que a ela direcionada, é medida que se impõe.

¹ **Art. 58.** As **provas documentais** serão apresentadas e as demais requeridas na impugnação, precluindo o direito de o sujeito passivo de fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua oportuna apresentação ou requerimento, por motivo de força maior, assim entendido, o evento imprevisto, alheio à sua vontade e que o impediu de produzi-la no momento próprio;

II – se refiram a fato ou direito superveniente;

III – se destinem a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos;

IV – se trate de pedido de produção de prova indeferido pelo julgador de primeira instância.

§ 1º A produção de prova e a juntada de documento após a impugnação deverá ser requerida mediante petição fundamentada do interessado à autoridade julgadora, acompanhada da comprovação de uma das condições previstas neste artigo.

§ 2º Caso já tenha sido proferida a decisão de primeira instância, os documentos apresentados na forma deste artigo permanecerão nos autos para serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância, na hipótese de interposição de recurso.



Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu desprovemento, mantendo inalterado o Acórdão 309/2024 do Tribunal Pleno deste e. Conselho de Recursos Fiscais, que declarou nula a decisão de primeira instância que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência em 22 de outubro de 2024.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator