

PROCESSO Nº 1402632016-2

ACÓRDÃO Nº 0069/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: ALBERTO NUNES DE OLIVEIRA

Relator: CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ENTRADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ACUSAÇÃO ASSIMILADA PELA AUTUADA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. APLICAÇÃO. EXCLUSÃO DAS MERCADORIAS IMUNES AO IMPOSTO ESTADUAL. MÉRITO DA MATÉRIA NÃO APRECIADA POR AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES DA RECORRENTE. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. CONFIGURADA A NÃO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO REPRESENTANTE LEGAL ANTECEDENTE AO FATO GERADOR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA EM PARTE A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A assimilação da autuada quanto à infração narrada torna despicienda a decretação da nulidade do lançamento de ofício, posto que alcançou a sua finalidade, especialmente considerando que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recai sobre o contribuinte substituído tributariamente a responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária não retida na origem pelo substituto tributário respectivo.

- Reputa-se legítima a cobrança do ICMS devido por ocasião da entrada de bens destinados à autuada, não oportunamente recolhido pelo sujeito passivo.

- Excluída da cobrança do ICMS as operações com mercadorias albergadas pela imunidade.

- Mantida parcialmente a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal por ausência de alegações quanto ao mérito.

- Representante legal não atingido pela responsabilidade solidária que antecede o fato gerador decorrente da acusação imputada, sendo descaracterizada a nulidade do feito fiscal por vício formal.

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

A C O R D A M Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para

alterar em parte a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000005705/2016-86 lavrado em 28 de setembro de 2016 em desfavor da empresa **BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL**, inscrição estadual nº 16.086.426-7, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 19.909,16, (dezenove mil novecentos e nove reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 12.312,92 (doze mil trezentos e doze reais e noventa e dois centavos) de ICMS, por afronta ao artigo 399, VI c/ fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, e 106, todos do RICMS/PB, e R\$ 7.596,24 (sete mil quinhentos e noventa e seis reais e vinte e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, inciso II, alínea “e”, e artigo 82, V, “c” e “g”, da Lei 6.379/1996.

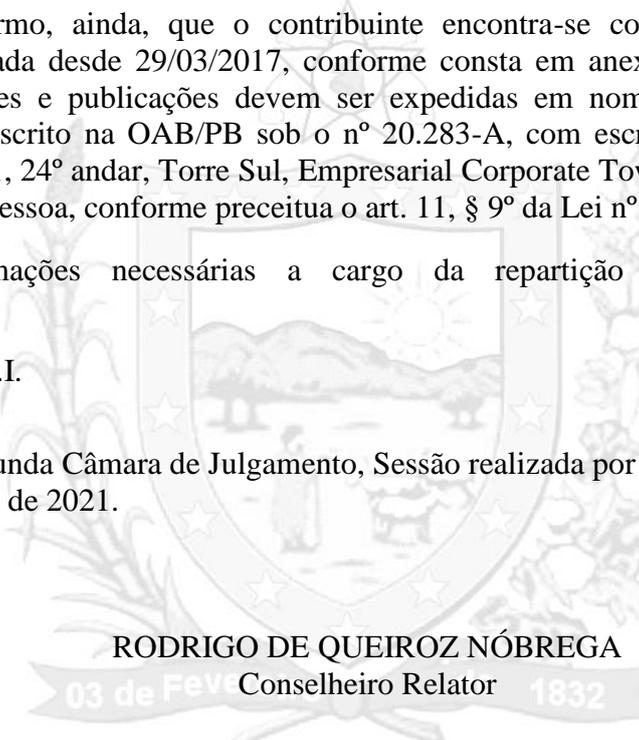
Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de **R\$ 28.421,73 (vinte e oito mil quatrocentos e vinte e um reais e setenta e três centavos)** exarado na decisão monocrática.

Informo, ainda, que o contribuinte encontra-se com sua inscrição estadual 16.086.426-7 baixada desde 29/03/2017, conforme consta em anexo nos autos do processo. Portanto, intimações e publicações devem ser expedidas em nome do Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro, inscrito na OAB/PB sob o nº 20.283-A, com escritório na Rua Empresário Clovis Rolim, 2051, 24º andar, Torre Sul, Empresarial Corporate Towers, Bairro dos Ipês, CEP 58.033-454, João Pessoa, conforme preceitua o art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 11 de fevereiro de 2021.



RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, **SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVSA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE)**,

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Processo nº 1402632016-2

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: ALBERTO NUNES DE OLIVEIRA

Relator: CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ENTRADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ACUSAÇÃO ASSIMILADA PELA AUTUADA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. APLICAÇÃO. EXCLUSÃO DAS MERCADORIAS IMUNES AO IMPOSTO ESTADUAL. MÉRITO DA MATÉRIA NÃO APRECIADA POR AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES DA RECORRENTE. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. CONFIGURADA A NÃO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO REPRESENTANTE LEGAL ANTECEDENTE AO FATO GERADOR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA EM PARTE A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A assimilação da autuada quanto à infração narrada torna despicienda a decretação da nulidade do lançamento de ofício, posto que alcançou a sua finalidade, especialmente considerando que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recai sobre o contribuinte substituído tributariamente a responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária não retida na origem pelo substituto tributário respectivo.

- Reputa-se legítima a cobrança do ICMS devido por ocasião da entrada de bens destinados à autuada, não oportunamente recolhido pelo sujeito passivo.

- Excluída da cobrança do ICMS as operações com mercadorias albergadas pela imunidade.

- Mantida parcialmente a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal por ausência de alegações quanto ao mérito.

- Representante legal não atingido pela responsabilidade solidária que antecede o fato gerador decorrente da acusação imputada, sendo descaracterizada a nulidade do feito fiscal por vício formal.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000005705/2016-86 lavrado em 28 de setembro de 2016 em desfavor da empresa **BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL.**, inscrição estadual nº 16.086.426-7.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes denúncias, *ipsis litteris*:

0329 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATRAVÉS DE DAR E FATURAS NO PERÍODO DE 01/2014 A 12/2014.

0038 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) >> Falta de recolhimento do ICMS, Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a devida retenção do imposto devido.

NOTA EXPLICATIVA:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATRAVÉS DE DAR E FATURAS NO PERÍODO DE 01/2014 A 12/2014.

0285 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATRAVÉS DE DAR E FATURAS NO PERÍODO DE 01/2014 A 12/2014.

Em decorrência destas denúncias, o representante fazendário constituiu o crédito tributário no valor de **R\$ 48.330,89 (quarenta e oito mil trezentos e trinta reais e oitenta e nove centavos)**, sendo R\$ 28.325,06 (vinte e oito mil trezentos e vinte e cinco reais e seis centavos), por infringência aos artigos 399, 399, I, c/fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, e 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/1997, e R\$ 20.005,83 (vinte mil cinco reais e oitenta e três centavos), de multa por infração, arrimada no artigo 82, inciso V, alínea “g”, artigo 82, inciso II alíneas “c”, e artigo 82, inciso II, alínea “e”, todos da Lei 6.379/1996.

Embasando a denúncia, a fiscalização anexou ao Auto de Infração relatório de Consulta do Contribuinte Omissos / A vencer / Inadimplências, com suas respectivas notas fiscais (fls. 06/44).

Depois de cientificada via Edital nº 00217/2016, publicado no Diário Oficial do Estado em 17/11/2016 (fls. 47), em razão da BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL, após o Aviso de Recebimento (AR) nº JO481146772BR ter retornado dos Serviços Postais dos Correios com a oposição do carimbo, com a observação “mudou-se”, datado em 01/10/2016 (fls. 45), onde contava o endereço da empresa situada à Rua das Trincheiras, nº 606, Centro, CEP 58.011-000, João Pessoa – Paraíba, a autuada protocolou, em 16/11/2016, impugnação tempestiva (fls. 49/56) contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual alega, em síntese, que:

- a) A nulidade do auto de infração, haja vista que o Sr. Roberto Benzecry não é mais responsável legal pelo Grupo BEMFAM, desde 25/04/2007, comprovando que o Sr. Vitor Sérgio Couto dos Santos passou a exercer a Presidência em 25/04/2007, permanecendo até 25/04/2013, sendo sucedido pela Sra. Ana Maria Bomtempo Dias, a qual permaneceu na Presidência até 25/04/2015, sendo sucedida pela Sra. Vandira Maria dos Santos Pinheiro;
- b) Que as notificações do fisco sejam direcionadas aos atuais representantes da empresa;
- c) Redução da multa confiscatória de 100% do valor do imposto.

Ainda, acostou à sua peça recursal os seguintes documentos (fls. 57/153): Procuração e documentos pessoais do peticionante; Auto de Infração; CNPJ e QSA da empresa e; Atas de Assembleias de eleições dos representantes da empresa, desde 2002.

Consta nos autos Processo de Representação Fiscal Para Fins Penais do contribuinte de nº 1402642016-7 (fls.02) em anexo.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fls. 154), foram os autos conclusos (fls. 54) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Heitor Collett, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ENTRADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ACUSAÇÃO ASSIMILADA PELA AUTUADA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. APLICAÇÃO. EXCLUSÃO DAS MERCADORIAS IMUNES AO IMPOSTO ESTADUAL. MANUTENÇÃO PARCIAL DOS LANÇAMENTOS.

- A assimilação da autuada quanto à infração narrada tona despicienda a decretação da nulidade do lançamento de ofício, posto que alcançou a sua finalidade, especialmente considerando que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recai sobre o contribuinte substituído tributariamente a responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária não retida na origem pelo substituto tributário respectivo.

- Reputa-se legítima a cobrança do ICMS devido por ocasião da entrada de bens destinados à autuada, não oportunamente recolhido pelo sujeito passivo.

- Excluída da cobrança do ICMS as operações com mercadorias albergadas pela imunidade.

- Mantida parcialmente a exação fiscal em decorrência de falta de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 30 de julho de 2019 e inconformada com os termos da sentença que fixou o crédito tributário em **R\$ 19.909,16 (dezenove mil novecentos e nove reais e dezesseis centavos)**, a autuada apresentou em 28 de agosto de 2019 recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio do qual advoga:

- a) Pela tempestividade do recurso voluntário, que o prazo atendeu os ditames do artigo 77 da Lei 10.094/2013;
- b) Que todas as intimações e publicações sejam expedidas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro, inscrito na OAB/PB nº 20.283-A, com escritório na Rua Empresário Clovis Rolim, 2051, 24º andar, Torre Sul, Empresarial Corporate Towers, Bairro dos Ipês, CEP 58.033-454, João Pessoa, além de fazer constar o nome deste no rosto dos autos;
- c) Que na decisão de primeira instância o julgador se ateu somente a decidir sobre o mérito da autuação (autuações de ICMS), não enfrentando o principal argumento da ora Recorrente: da absoluta impossibilidade de sua responsabilização pelo crédito tributário perseguido por meio do presente Auto de Infração, e que desde 2007 o Sr. Roberto Messod Benzecry não responde mais pela empresa;
- d) Pelo caráter confiscatório da multa de 100%, apresentando entendimento do STF, e a fundamentação estabelecida no inciso IV, do artigo 150 da CF/1988;

Com base no que advoga, ainda requer, por fim, em sua peça que:

1. O recurso voluntário seja provido para que seja reconhecida e declarada a ausência de responsabilidade do Sr. Roberto Messod Benzecry, diante da lavratura do presente Auto de Infração;
2. Seja redirecionada, de ofício, se julgado necessário, a notificação para o representante legal da BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL na época do fato gerador;
3. Alternativamente, na remota hipótese de provimento parcial ou de manutenção do Auto de Infração, que seja a multa afastada ou reduzida a um percentual de 20%, conforme entendimento do STF e do inciso IV, do artigo 150 da CF/88.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa **BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL**, que visa a exigir crédito tributário decorrente da Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, Falta de recolhimento do ICMS – substituição tributária (contribuinte substituído) e Falta de recolhimento do ICMS, em virtude de o contribuinte haver adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem a devida retenção do tributo por parte do substituto tributário), especificamente em relação aos meses específicos dos exercícios de /2011, 2012 e 2013.

Inicialmente vale ressaltar que o recurso voluntário é tempestivo e está em perfeita sintonia com os ditames dos requisitos estabelecidos no artigo 77 da Lei 10.04/2013, não ensejando, assim, quaisquer indícios que impliquem em sua admissibilidade.

Além disso, verificamos que a peça acusatória está em conformidade com os preceitos trazidos pelo artigo 142 do CTN, inclusive, podemos aludir também que não identificamos incorreções, omissões e/ou inexatidões que contemplem aspectos de sua nulidade introduzidos entre os artigos 14 e 17 da Lei 10.094/2013, no que se refere à constituição do crédito tributário.

No que diz respeito aos fundamentos que sustentam a lavratura do Auto de Infração, segundo o auditor fiscal responsável pela autuação, o sujeito passivo, na condição de substituído tributário, teria afrontado as disposições legais dispostas nos artigos 391, §§ 5º e 7º, II e 399, VI, ambos do RICMS/PB¹, *in verbis*.

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

III – remetente, em relação ao imposto devido pelos contribuintes sujeitos ao regime de recolhimento fonte, na forma e prazo estabelecidos neste Regulamento, observado o disposto no § 8º (Lei nº 7.334/03);

IV – ao remetente da mercadoria, pelo pagamento do imposto devido na prestação de serviço de transporte contratado junto a transportador autônomo ou a empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscrita neste Estado.

(...)

¹ Redações vigentes à época dos fatos.

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

(...)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

(...)

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

(...)

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

Ao prosseguir com nossas análises, cumpre-nos destacar que a indicação da Bemfam-Bem Estar Familiar no Brasil para figurar como sujeito passivo encontra amparo na legislação tributária do Estado da Paraíba, por força do que estabelecem os artigos 38, IV e 41, § 4º e 391, § 5º², todos do RICMS/PB:

Art. 38. São responsáveis pelo pagamento do imposto e respectivos acréscimos legais:

(...)

IV - os adquirentes, em relação a mercadorias cujo imposto não tenha sido pago no todo ou em parte;

Art. 41. São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e seus acréscimos legais na condição de sujeito passivo por substituição:

(...)

§ 4º. Nas entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária, o destinatário é solidariamente responsável com o remetente substituto pelo recolhimento do imposto relativo às operações e prestações subsequentes.

² Não reproduzimos o teor do artigo 391, § 5º em razão de já haver sido transcrito anteriormente.

Diante das irregularidades cometidas e com base nestas fundamentações, resolveu por bem o Auditor Fiscal aplicar a penalidade estabelecida no artigo 82, inciso II, alínea “e”, e artigo 82, V, “c” e “g”, da Lei 6.379/1996, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento)

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

V - de 100% (cem por cento):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Diante das fundamentações expostas, cabe aqui destacar que daremos prosseguimento em nossas análises e fundamentações a partir das alegações trazidas pela autuada em sua peça recursal e em seu recurso voluntário, abrangendo, paralelamente, os argumentos e fundamentos apresentados pelo julgador monocrático em sua decisão, por entender ser esta a maneira mais específica e objetiva para dirimir as possíveis dúvidas suscitadas neste contencioso administrativo tributário.

1. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

De início, a ampla defesa é uma garantia fundamental consubstanciada na Constituição Federal de 1988, que assegura em seu artigo 5º, LV, o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos, com os devidos meios e recursos a ela inerentes.

Sendo assim, no contencioso administrativo tributário, pode-se definir o cerceamento do direito de defesa como qualquer obstáculo que a Administração opõe ao sujeito passivo que resulte em impedimento ou dificuldades para exercer legalmente seus atos, sendo protegidos seus interesses.

Em sua alegação inicial a respeito desta questão, cabe-nos destacar que a anulação do Auto de Infração deve ser observada à luz da Lei 10.094 de 2013, que estabelece em seu artigo 41, que regula o processo administrativo tributário em âmbito estadual, associado aos artigos 15, 16 e 17, III., do já citado diploma legal

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

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

Nova redação dada ao inciso V do art. 41 pela alínea “c” do inciso I do art. 15 da Lei nº 10.912/17 – DOE de 13.06.17.V - a descrição da infração com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

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:

(...)

III - à norma legal infringida;

Por outro lado, é salutar mencionar que o princípio da instrumentalidade das formas, contemplado nos artigos 188, 277 e 282, §§ 1º e 2º do Novo Código de Processo Civil, assim estabelece:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Dessa forma, diante destes dispositivos, pode-se entender que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio segundo o qual os atos processuais não dependem de forma, a não ser quando legalmente cominadas, resultando na discursão acerca da possível existência ou inexistência de vício nos atos processuais, que são passíveis de nulidade, decorrentes da inobservância da forma prescrita.

Portanto, este princípio não está dissociado do devido processo legal, sendo sua aplicação atrelada à presença ou não de prejuízo. Caso ocorra este prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, não há que se invocar a instrumentalidade das formas. Assim, é pertinente afirmar que a Lei 10.094/2013 está em comunhão com o devido processo legal, em conformidade com o que preceitua o artigo 15 deste mesmo diploma legal.

Então, existindo no processo administrativo a apresentação de defesa pelo autuado, que contemple sua defesa e o seu contraditório, e este não compreenda do que esta sendo acusado, e de fato venha a pleitear a nulidade do auto de infração, é cabível que haja espaço para se decidir pela sua nulidade. Mas, caso essa compreensão seja caracterizada e exteriorizada na reclamação ou em recurso por parte do autuado sobre o ato cuja prática lhe foi atribuída, não há no que se falar em nulidade do lançamento de ofício do auto de infração.

Ainda em sede de alegação acerca desta matéria, a Recorrente aduz em sua peça inicial pela nulidade do auto de infração, uma vez que o Sr. Roberto Messod Benzecry não é mais responsável legal pelo Grupo BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL, estando o mesmo fora dos Quadros Societários desde 25/04/2007, comprovando que o Sr. Vitor Sérgio Couto dos Santos passou a exercer a Presidência em 25/04/2007, permanecendo até 25/04/2013, sendo sucedido pela Sra. Ana Maria Bomtempo Dias, a qual permaneceu na Presidência até 25/04/2015, sendo sucedida pela Sra. Vandira Maria dos Santos Pinheiro.

Diante do não acolhimento por parte do julgador monocrático na primeira instância, a Recorrente insistiu em alegar em sua peça recursal perante esta Corte Superior que este se ateve somente em decidir sobre o mérito da autuação (autuações de ICMS), não enfrentando o principal argumento da ora Recorrente: da absoluta impossibilidade de sua responsabilização pelo crédito tributário perseguido por meio do presente Auto de Infração, e que desde 2007 o Sr. Roberto Messod Benzecry não responde mais pela empresa.

Pois bem.

Diante destas circunstâncias, é possível identificar nos autos que a Recorrente apresentou Cartão de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e Quadro de Sócios e Administradores (QSA) às (fls. 65/66), que neste caso consta como Presidente Vandira Maria dos Santos Pinheiro, com data de emissão em 27/10/2016, não restando configurada a participação do Sr. Roberto Messod Benzecry neste período no QSA da empresa, nem tampouco demonstrado, no período (2002 a 2007) alegado pela Recorrente, a sua comprovação.

O que de fato consta nos autos é a comprovação trazida pela Recorrente, por meio de Ata de Assembleia registrada (fls. 70/98) de que o Sr. Roberto Messod Benzecry esteve como Presidente da Bemfam-Bem Estar Familiar no Brasil entre 2002 e 2007, mas que não afasta a acusação imputada na peça acusatória pelos motivos a seguir explanados.

Quanto à exclusão da responsabilidade solidária do polo passivo do Sr. Roberto Messod Benzecry solicitada faço a seguinte ressalva: no presente auto de infração os representantes legais foram indicados como responsáveis interessados, e assim devem ser mantidos. Entendo que há apenas a indicação dos responsáveis interessados juridicamente pelo lançamento do auto de infração, e não de forma a responder solidariamente com o *quantum debeat* apurado.

Sobre esta matéria, é de bom alvitre ressaltar, que o artigo 135, II e III, do CTN, reporta-se a responsabilidade de terceiros, referindo-se aos mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, passando esta a ser pessoal, e não solidária, e nos casos em que haja comprovação que estes agiram com excesso de poder, infração a lei, contrato social ou estatuto, nos termos do citado dispositivo, infracitado:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

No caso em tela, o sócio, Sr. Roberto Messod Benzecry somente poderia ser responsabilizado de forma pessoal, nos termos do dispositivo supra, e não solidariamente.

Inexistindo, pois, provas de que o nominado responsável solidário tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato ou estatuto social, não vejo a possibilidade jurídica de imputar a responsabilidade solidária ao sócio-administrador, ante a ausência de previsão expressa para tanto na Lei nº 6.379/96, salvo no caso de liquidação de sociedade de pessoas nos termos do artigo 134, VII, do CTN, caso em que os sócios são responsabilizados subsidiariamente. Vejamos;

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Diante de tais considerações, peço máxima *vênia* para não comungar com a decisão *a quo*, de não ter afastado da Responsabilidade Solidária do Sr. Roberto Messod Benzecry, e nem ter analisado a matéria, até porque este não era mais Presidente da Bemfam-Bem Estar Familiar no Brasil desde 2007 em diante, não sendo alcançado, posteriormente a este período, pelos fatos geradores subsequentes, conforme consta na Ata de Assembleia registrada acostada aos autos às (fls. 101 a 153).

Vale salientar que, em linhas gerais, havendo trânsito em julgado de decisão condenatória do contribuinte, não impede a identificação do sócio administrador ou preposto na Certidão de Dívida Ativa, para viabilização do redirecionamento da execução fiscal, nas hipóteses de comprovação de irregularidades constantes no art. 135 do CTN, ou dos sócios, nos termos do artigo 134, VII, do CTN.

Este foi o entendimento exarado pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba em seu Acórdão de nº. 000389/2020, do relator Cons.º. Petrônio Rodrigues Lima. Vejamos.

PROCESSO Nº 0456822016-5
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE
PROCESSOS FISCAIS - GEJUP
Recorrida: CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA. ME

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuantes: JOSELINDA GONÇALVES MACHADO E ROBERTO EDUARDO MACIEL C. FILHO
Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. DESCUMPRIMENTO. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE LANÇAMENTO DAS VENDAS REALIZADAS COM USO DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. ARQUIVO MAGNÉTICO. INFORMAÇÕES OMITIDAS. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EFD. ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO FORMAL. NULIDADE. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. DENÚNCIA COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Não se sustenta a acusação de descumprimento de obrigação de caráter instrumental por parte do contribuinte quando comprovada a inexistência de norma legal que lhe imponha a realização da conduta reclamada pelo Fisco.
- Constatado um equívoco cometido pela fiscalização na descrição da fundamentação legal, ao indicar a infração por omissão de informações para o período em que o sujeito passivo já possuía EFD, o que inquinou de vício formal a acusação e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.
- O descumprimento do dever instrumental de informar, em registro de bloco específico da EFD, as vendas efetuadas com uso de cartão de crédito e/ou de débito, na forma e prazo regulamentares, configura afronta à legislação tributária deste Estado, sujeitando os infratores à penalidade insculpida no artigo 81-A, V, “b”, da Lei nº 6.379/96.

Por fim, analisando e observando os documentos e as argumentações explanadas pela autuada e pelo julgador singular em sua decisão, entendo por corroborar com esta *querela* dando seguimento aos critérios e aspectos adotados por ambos, tanto em sede da lavratura do auto infracional quanto do entendimento exarado na instância prima. Ou seja, não há no que se falar ou acolher a alegação da Recorrente sobre a nulidade do auto de infração em relação ao mérito da peça acusatória, que enseja a “Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária”.

Ainda com relação ao mérito da acusação imputada à Recorrente, não nos cabe analisar nesta instância superior, tendo em vista que não houve alegações expressas da autuada em relação à acusação da Falta de Recolhimento do ICMS Substituição Tributária e Recolhimento do ICMS Substituição Tributária, conforme estabelece o artigo 63 e 69, parágrafo único, da Lei 10.094/2013. Vejamos.

Art. 63. Na defesa, o contribuinte alegará, por escrito, toda a matéria que entender útil, indicando ou requerendo as provas que pretende produzir e juntando, desde logo, as que constarem de documentos.

(...)

Art. 69. A impugnação que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário e, em caso de não recolhida até o término do respectivo prazo, à vista ou parceladamente, será lançada em Dívida Ativa, observado ainda o disposto no art. 33 desta Lei.

Parágrafo único. Considerar-se-á não impugnada e preclusa a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Vale lembrar que estas matérias não podem ser defendidas em momento diverso, tendo em vista o princípio da eventualidade e a preclusão consumativa, acima transcrita. Como bem ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

Os artigos 336 e 342 do Novo Código de Processo Civil consagram o princípio da eventualidade para o réu, ao exigir a exposição de todas as matérias de defesa cumulada e alternativa na contestação. Também conhecido como princípio da concentração de defesa, a regra ora analisada fundamenta-se na preclusão consumativa, exigindo-se que de uma só vez, na contestação, o réu apresente todas as matérias que tem em sua defesa, “sob pena” de não poder alega-las posteriormente.

Ademais, o art. 77 da Lei 10.094/2013 enfatiza o tema nos seguintes termos:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, não sendo cumprida a exigência relativa à parte não questionada do crédito tributário, à vista ou parceladamente, no prazo estabelecido no “caput” deste artigo, deverá o órgão preparador encaminhar para registro em Dívida Ativa, sem prejuízo do disposto no art. 33 desta Lei. (g.n)

Todavia, em nosso entendimento deve ser considerado o afastamento do Sr. Roberto Messod Benzecry da responsabilidade solidária, por entender e restar comprovado que o mesmo não mais fazia parte do Quadro Societário Administrativo como membro inserido e participante dos atos de Presidência, Direção e/ou Gestão da empresa Bemfam-Bem Estar Familiar no Brasil, desde 2007 em diante, e que de fato este não poderia ter sido atingido por irregularidades apontadas por fatos geradores subsequentes a esta época.

2. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA – APLICABILIDADE DE 20% DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STF E INCISO IV, DO ARTIGO 150 DA CF/88.

No que tange as alegações de caráter confiscatório suscitada por parte da autuada, seguimos na linha dos preceitos do diploma legal da legislação estadual da Paraíba, por entender que os percentuais, referentes às infrações praticadas, aplicados pelo representante fazendário, seguem os limites estabelecidos na Lei 6.379/96.

Ou seja, não há no que se falar, ainda, em relação à declaração de inconstitucionalidade da legislação supramencionada, o que enseja mencionar que não é competência deste órgão julgador, por força do art. 55, I, da Lei 10.094/2013, inclusive com decisão pacificada em Súmula específica, as quais optamos por demonstrá-las.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos n.º: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Portanto, não vejo como prosperar nesta instância superior e demais instâncias administrativas tributárias a alegação suscitada pela Recorrente em relação ao caráter confiscatório da multa aplicada pelas irregularidades por ela praticadas, nem mesmo levando em consideração as jurisprudências de tribunais superiores, pelas razões aqui já apresentadas.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para alterar em parte a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000005705/2016-86 lavrado em 28 de setembro de 2016 em desfavor da empresa **BEMFAM-BEM ESTAR FAMILIAR NO BRASIL**, inscrição estadual nº 16.086.426-7, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 19.909,16, (dezenove mil novecentos e nove reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 12.312,92 (doze mil trezentos e doze reais e noventa e dois centavos) de ICMS, por afronta ao artigo 399, VI c/ fulcro no artigo 391, §§ 5º e 7º, II, e 106, todos do RICMS/PB, e R\$ 7.596,24 (sete mil quinhentos e noventa e seis reais e vinte e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, inciso II, alínea “e”, e artigo 82, V, “c” e “g”, da Lei 6.379/1996.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de **R\$ 28.421,73 (vinte e oito mil quatrocentos e vinte e um reais e setenta e três centavos)** exarado na decisão monocrática.

Informo, ainda, que o contribuinte encontra-se com sua inscrição estadual 16.086.426-7 baixada desde 29/03/2017, conforme consta em anexo nos autos do processo. Portanto, intimações e publicações devem ser expedidas em nome do Dr. Carlos Roberto

Siqueira Castro, inscrito na OAB/PB sob o nº 20.283-A, com escritório na Rua Empresário Clovis Rolim, 2051, 24º andar, Torre Sul, Empresarial Corporate Towers, Bairro dos Ipês, CEP 58.033-454, João Pessoa, conforme preceitua o art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013.

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

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 11 de fevereiro de 2021.

Rodrigo de Queiroz Nóbrega
Conselheiro Relator

