

PROCESSO Nº 1302002018-2
ACÓRDÃO Nº 0650/2021
TRIBUNAL PLENO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Recorrida: ES ATACADO LTDA.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: LUIZ MÁRCIO DE BRITO MARINHO
Relatora: Cons.^a THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA FONSECA.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO MENSAL MÍNIMO. DESCUMPRIMENTO DO TARE FIRMADO. CONFIRMAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

Deve ser considerado hígido o lançamento realizado em face do contribuinte original se a incorporação empresarial não foi oportunamente informada à Administração Tributária, nos termos do disposto no art. 119, VII do RICMS/PB.

Considerando que, durante o período autuado, a empresa se encontrava ATIVA nos sistemas desta Secretaria, devem ser cumpridas as disposições constantes no Termo de Acordo firmado.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *providimento*, reformando a decisão monocrática e julgando *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001243/2018-30, lavrado em 30/7/2018, contra a empresa ES ATACADO LTDA, inscrição estadual nº 16.154.991-8, devidamente qualificada nos autos, considerando devido o crédito tributário no montante de R\$ 1.958.013,54 (um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, treze reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 979.006,77 (novecentos e setenta e nove mil, seis reais e setenta e sete centavos), de ICMS, por descumprimento ao art. 106 do RICMS/PB, além dos dispositivos mencionados na Nota Explicativa, e R\$ 979.006,77 (novecentos e setenta e nove mil, seis reais e setenta e sete centavos), de multa por infração arrimada no art. 82, V, “a”, da Lei n. 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 09 de dezembro de 2021.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

03 de Fevereiro de 1832

PROCESSO Nº 1302002018-2
TRIBUNAL PLENO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Recorrida: ES ATACADO LTDA.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: LUIZ MÁRCIO DE BRITO MARINHO
Relatora: Cons.^a THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA FONSECA.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO MENSAL MÍNIMO. DESCUMPRIMENTO DO TARE FIRMADO. CONFIRMAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

Deve ser considerado hígido o lançamento realizado em face do contribuinte original se a incorporação empresarial não foi oportunamente informada à Administração Tributária, nos termos do disposto no art. 119, VII do RICMS/PB.

Considerando que, durante o período autuado, a empresa se encontrava ATIVA nos sistemas desta Secretaria, devem ser cumpridas as disposições constantes no Termo de Acordo firmado.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001243/2018-30, lavrado em 30/7/2018, contra a empresa ES ATACADO LTDA, inscrição estadual nº 16.154.991-8, a autuada é acusada da seguinte irregularidade:

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

Nota Explicativa: FALTA DO RECOLHIMENTO MÍNIMO ESTIPULADO NO TERMO DE ACORDO N. 2010.000043 CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA E ADITIVO AO REFERIDO TARE, DE 19/10/2015. O DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA APURADA CONSTA ANEXO À ORDEM DE SERVIÇO E AO AUTO DE INFRAÇÃO.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário, dada a infringência ao art. 106 do RICMS/PB, sendo constituído o crédito tributário no montante de R\$ 1.958.013,54, sendo R\$ 979.006,77, de ICMS, e R\$ 979.006,77, de multa por infração, arriada no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios, às fls. 3/26.

Cientificada regularmente, conforme fls. 28/29, o Sr. EDWARD GEORGE DE CARVALHO SAUDERS, após solicitar cópia dos autos (fl. 30), ingressou com peça reclamatória (fls. 38/69), por meio da qual arguiu, em síntese:

- (i) Que haveria manifesta ilegitimidade passiva em relação aos responsáveis solidários, uma vez que se retiraram da sociedade desde 1/2/2012;
- (ii) Que a empresa autuada foi incorporada pelo Grupo Máquina de Vendas Brasil (representado pela RN COMÉRCIO VAREJISTA) desde 31/10/2017;
- (iii) Ausência de comprovação ou indicação de prática de ato com excesso de poder ou infração à lei, de forma que resta impossibilitada a responsabilização dos sócios sem poderes de gestão;
- (iv) Cerceamento no direito de defesa, vez que foi apresentada mera planilha com indicação dos faturamentos da empresa autuada;
- (v) Improcedência da autuação pela impossibilidade de cobrança do recolhimento mínimo do ICMS quando inexistente o fato gerador do imposto, uma vez que a empresa devedora se encontrava sem faturamento desde abril/2017;
- (vi) Caráter confiscatório da multa;
- (vii) Inaplicabilidade do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96 e sim do art. 82, I, do mesmo diploma normativo que dispõe o percentual de 20%.

Colacionou documentos às fls. 70/151.

Sem informação de existência de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos à instância prima (fl. 152), ocasião em que o feito foi convertido em diligência para lavratura do Termo de Sujeição Passiva (fls. 154/155), o que foi rebatido pela autoridade fazendária, conforme Informação Fiscal constante às fls. 162/165.

Ato contínuo o julgador singular, Lindemberg Roberto de Lima, se manifestou pela *nulidade* da autuação (sentença – fls. 167/174), conforme ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. VÍCIO FORMAL NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. ICMS COBRADO DE EMPRESA EXTINTA PELA INCORPORAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PARA A INCORPORADORA.

- Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida, pois se observa que a empresa autuada foi incorporada pela RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A, cujo protocolo de incorporação foi assinado em 31/10/2017. A operação societária da incorporação consiste em mutação na estrutura no tipo da sociedade empresarial, quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, acarretando a sucessão universal dos direitos e obrigações da sociedade incorporada, sendo estes fatos determinantes para a transferência da responsabilidade para a incorporadora. É preciso ressaltar que, o lançamento deve identificar o sujeito passivo, verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calcular o montante do tributo devido,

identificar a matéria tributável, conforme preceitua o art. 142 do CTN. Contudo, o auto de infração foi lavrado em 30/7/2018, quando a autuada já havia sido incorporada. Portanto, indica como sujeito passivo e empresa sucedida, extinta, que não mais é sujeito passivo de obrigação tributária, pois já havia sido transferida a responsabilidade para a incorporadora. O STJ já firmou jurisprudência no sentido de que “na incorporação, uma sociedade empresarial engloba a outra, fazendo com que o ativo e o passivo da incorporada passem a integrar o patrimônio da incorporadora e aquela deixe de possuir existência. A incorporação caracteriza-se pela absorção total do patrimônio da incorporada pela incorporadora (direitos e obrigações), bem como pela extinção da personalidade jurídica da incorporada”, conforme Recurso Especial nº 1.297.847 – RS (2011/0078614-9) – Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Interposto recurso de ofício e cientificada da decisão singular, em 10/10/2019, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DTe, conforme comprovante à fl. 177, a autuada permaneceu inerte.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, foram distribuídos a esta relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

1.1.1.1.1

VOTO

Em exame o *recurso de ofício* interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que considerou *nulo* o auto de infração lavrado contra a empresa em epígrafe, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela empresa autuada em sede de impugnação.

Ocorre, todavia, que em recentes decisões esta Corte Administrativa enfrentou a matéria acerca da incorporação de empresas se manifestando pela regularidade da autuação quando realizada em face do contribuinte original se a incorporação empresarial não foi oportunamente informada à Administração Tributária, nos termos do disposto no art. 119, VII do RICMS/PB, senão vejamos:

PRELIMINAR. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. SUSCITADA DE OFÍCIO. ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR. PRELIMINAR REJEITADA. DECADÊNCIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. ISENÇÃO SEM PREVISÃO LEGAL. MULTA APLICADA. AFASTADA PARCIALMENTE. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Deve ser considerado hígido o lançamento realizado em face do contribuinte original se a incorporação empresarial não foi oportunamente informada à Administração Tributária, nos termos do disposto no Art. 119, VII do RICMS/PB.
- O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba - FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2%, incide sobre as operações de serviço de comunicação.
- Evidenciada em parte a decadência tributária, nos termos do art. 150, §4º, do CTN. "In casu", de janeiro a março/2010.
- O benefício previsto para o ICMS, por meio de Convênio, não se estende ao FUNCEP por falta de previsão legal.
- Afastada a aplicação da penalidade referente ao período em que não havia lei instituidora de cominação legal à época dos respectivos fatos geradores. Ou seja, nos períodos anteriores à 12 de julho de 2011.

PROCESSO Nº 0371532015-0

ACÓRDÃO Nº 0071/2021

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ª Recorrida: EMP BRASILEIRA TELECOMUNICACOES SA EMBRATEL

2ª Recorrente: EMP BRASILEIRA TELECOMUNICACOES SA EMBRATEL

Advogado(a): MARIA FERNANDA DUARTE SITOTHEAU DA COSTA – OAB/RJ

189.458 E OUTROS.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GRI DA

SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: Cons. PETRONIO RODRIGUES LIMA

Relator do voto vista: Cons. PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

Considerando que a autuada teve a sua inscrição estadual cancelada em 15/8/2017 e entrou com processo de baixa em 18/12/2017, em razão da incorporação pela RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A, todavia tal fato não foi regularmente comunicado à Administração, conforme se observa na Informação Fiscal constante às fls. 162/165, deve ser considerado regular o lançamento de ofício.

Assim, observa-se, com a *devida vênia*, em detrimento do que entendeu a instância prima, que a peça basilar preenche os pressupostos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura e determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator.

Verificados os aspectos formais, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva acolhida pelo julgador monocrático.

Passando ao mérito, depreende-se dos autos que houve descumprimento do Termo de Acordo nº 2010.000043, especialmente a sua Cláusula Décima Terceira, e

respectivo Aditivo, por não ter o contribuinte respeitado o recolhimento mínimo fixado nos meses de março a julho/2017, vejamos:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – *O tratamento tributário de que trata o presente Termo de Acordo não poderá resultar, a título de ICMS NORMAL, ICMS GARANTIDO, ICMS ANTECIPADO, ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e ICMS IMPORTAÇÃO, em recolhimento mensal menor que 3% (três por cento) e 1% (um por cento) do valor das saídas internas e interestaduais de mercadorias tributáveis, respectivamente, não podendo o mesmo ser inferior a R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais).*

(...)

§ 5º - *O recolhimento mínimo nominal em reais fixado no caput desta cláusula, somente será exigido a partir de 01 de SETEMBRO de 2012, devendo ser observado ainda o seguinte:*

(...)

d) – a partir de 01 de SETEMBRO de 2012, o recolhimento mínimo será de R\$ 205.000,00 (duzentos e cinco mil reais);

A fim de demonstrar o referido descumprimento, instrui os autos demonstrativo anexado pela autoridade fazendária à fl. 3 com os recolhimentos mensais considerados no procedimento de auditoria, onde é possível observar que o total recolhido para o mês de março/2017 foi R\$ 45.993,23, razão pela qual foi autuada a diferença de R\$ 159.006,77, e ausência de recolhimento para os meses de abril a julho/2017, de forma que foi considerado, para fins de cálculo do imposto devido, o montante de R\$ 205.000,00 por mês.

A seu socorro, a empresa autuada, na oportunidade que compareceu aos autos, arguiu cerceamento do direito de defesa, por entender que a planilha apresentada não seria suficiente para fins de instrução processual.

Ocorre, entretanto, que em nenhum momento foram apresentadas contraprovas dos valores apontados, havendo um questionamento genérico acerca do tema. Assim, não há como acolher a alegação apresentada.

Ainda em sua defesa, alega o contribuinte a impossibilidade de cobrança do recolhimento mínimo do ICMS quando inexistente o fato gerador do imposto, uma vez que a empresa devedora se encontrava sem faturamento desde abril/2017.

Também neste aspecto não há como acolher suas razões, haja vista que, como dito anteriormente, a empresa teve a sua inscrição cancelada apenas em 15/8/2017 e entrou com processo de baixa em 18/12/2017, de forma que, durante o período autuado, a empresa se encontrava ATIVA nos sistemas desta Secretaria e estava adstrita aos termos do TARE firmado, motivo pela qual foi autuada pela autoridade fazendária.

No que tange à multa aplicada, observa-se que os agentes do Fisco atuaram nos limites da Lei n° 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto n° 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados.

Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade e como é sabido, não cabe aos Tribunais Administrativos adentrar nessa seara pretendida, nos termos do art. 55 da Lei n° 10.094/13 (PAT):

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Além do dispositivo supra, acrescento o disposto na Súmula n° 3 desta Corte Administrativa, ratificada pela Portaria n° 311/2019/SEFAZ, de 18 de Novembro de 2019:

SÚMULA 03 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Portanto, tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstritos ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade, não cabendo a discricionariedade para a aplicação da penalidade, pretendida pela Recorrente.

Assim, considerando que a autuação prosseguiu com as cautelas da lei, entendo pela reforma da decisão monocrática, dando provimento ao recurso de ofício e reconhecendo a procedência do feito fiscal.

Com estes fundamentos,

VOTO – pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *provimento*, reformando a decisão monocrática e julgando *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00001243/2018-30, lavrado em 30/7/2018, contra a empresa ES ATACADO LTDA, inscrição estadual n° 16.154.991-8, devidamente qualificada nos autos, considerando devido o crédito tributário no montante de R\$ 1.958.013,54 (um milhão, novecentos e cinquenta e oito mil, treze reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 979.006,77 (novecentos e setenta e nove mil, seis reais e setenta e sete centavos), de ICMS, por descumprimento ao art. 106 do RICMS/PB, além dos dispositivos mencionados na Nota Explicativa, e R\$ 979.006,77 (novecentos e setenta e nove mil, seis reais e setenta e sete centavos), de multa por infração arriada no art. 82, V, “a”, da Lei n. 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 9 dezembro de 2021.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora

