

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 GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

Relator do voto vista: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

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.*

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o VOTO pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a decisão singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15,

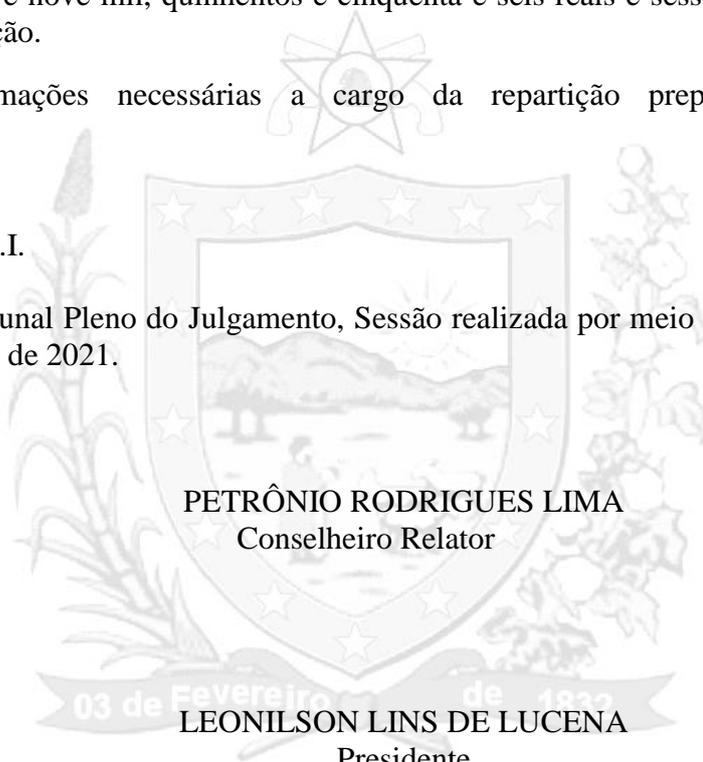
lavrado em 19 de março de 2015 contra a autuada, EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 567.862,42** (quinhentos e sessenta e sete mil, oitocentos e sessenta e dois reais e quarenta e dois centavos), sendo **R\$ 331.009,95** (trezentos e trinta e um mil, nove reais e noventa e cinco centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004, e **R\$ 236.852,47** (duzentos e trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos) de multa por infração, arrimada no art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o total de **R\$ 124.955,88** (cento e vinte e quatro mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), sendo **R\$ 15.399,20** (quinze mil, trezentos e noventa e nove reais e vinte centavos) de FUNCEP e **R\$ 109.556,68** (cento e nove mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de fevereiro de 2021.


PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

Processo nº 0371532015-0

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: EMP BRASILEIRA TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL

2ª Recorrente: EMP BRASILEIRA TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

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

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO / CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: CONS.º PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Relator do voto vista: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – PRELIMINAR – NULIDADE – VÍCIO FORMAL – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR – NÃO CONFIGURADO – PRELIMINAR REJEITADA.

- 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.

VOTO DIVERGENTE

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15, lavrado em 19 de março de 2015 contra a empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S. A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, os auditores fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço nº 93300008.12.00009437/2014-00 denunciaram o sujeito passivo de haver cometido a seguinte infração, *ipsis litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA: A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE JANEIRO/2010 A DEZEMBRO/2014, FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 346.409,20 (TREZENTOS E QUARENTA E SEIS MIL, QUATROCENTOS E NOVE REAIS E VINTE CENTAVOS) POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS E DEIXADO DE CALCULAR O FUNCEP SOBRE SERVIÇOS FATURADOS COM ISENÇÃO DE ICMS PARA ÓRGÃOS PÚBLICOS (DECRETOS Nº 24.755/2003 E 35.320/2014 E, AINDA, ART. 5º, INCISOS LXXVI E LXXXIII, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97), VIOLANDO ASSIM O ART. 2º, INCISO I, ALÍENA “G”, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C O ART. 2º, INCISO VII E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP), CONFORME QUADRO DEMONSTRATIVO ANEXO. CUMPRE RESSALTAR QUE NÃO SE ESTENDE

AO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FUNCEP O BENEFÍCIO FISCAL DE ISENÇÃO DO ICMS NAS PRESTAÇÕES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFORME JÁ DECIDIDO PELO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS EM JULGADOS SEMELHANTES.

Em decorrência dos fatos acima, os Representantes Fazendários lançaram, de ofício, crédito tributário na quantia total de R\$ 692.818,30 (seiscentos e noventa e dois mil, oitocentos e dezoito reais e trinta centavos), sendo R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos), de multa por infração, arremada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Após o devido tramite processual, os autos foram remetidos ao CRF-PB, oportunidade na qual foram distribuídos ao Ilustre Conselheiro Relator Petrônio Rodrigues Lima, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

O processo foi incluído na pauta da 85ª Sessão de julgamento do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 25 de janeiro de 2021, tendo o Conselheiro Relator apresentado seu voto para reformar, de ofício, a decisão recorrida com base no reconhecimento de nulidade por vício formal decorrente de erro na indicação da pessoa do infrator.

Em apertadas linhas, é possível afirmar que o entendimento do Nobre Relator estava lastreado na premissa segundo a qual constava nos autos do processo documentos aptos a comprovar o conhecimento, pela fiscalização, do ato de incorporação da autuada pela empresa CLARO S/A, em momento anterior à lavratura do libelo basilar, situação jurídica que demandaria o reconhecimento da referida nulidade, senão veja-se as seguintes passagens do Voto apresentado:

“Observo que a empresa autuada foi incorporada pela empresa CLARO S/A, por celebração em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 18/12/2014, com eficácia do evento ocorrida em 31/12/2014, conforme documentação anexa às fls. 246 a 260, registrado na JUCESP em 13/2/2015, Protocolo nº 0.119.107/15-6. Portanto, antes da lavratura do libelo basilar, ocorrida em 19/3/2015, com ciência pessoal em 30/3/2015.

(...)

Este terceiro caso, aos constituídos posteriormente aos atos da incorporação, é o caso ora em questão, que, de acordo com o artigo 132 e 133 do Codex, à incorporadora é que deve ser dada a sujeição passiva, pois a incorporada não mais existe no mundo jurídico, sendo a incorporadora a responsável tributária pelos fatos ocorridos até a data da sucessão.

(...)

Primeiramente observo que consta na Ordem de Serviço nº 93300008.12.00009437/2014-00, que deu origem a autuação em epígrafe, a instrução para auditoria nos últimos 5 anos, com a observação que a empresa seria incorporada pela Claro S/A, conforme cópia da mesma juntada aos autos às fls. 352 e 353 por este relator. Ou seja, a fiscalização já tinha conhecimento que haveria o ato de incorporação a qualquer tempo, que foi realizado antes da lavratura do Auto de Infração, e este foi de seu conhecimento, pois foi dada ciência da autuação à

empresa incorporadora, com a cópia da documentação do ato de incorporação, juntada pela própria fiscalização.

Assim, verificando que, apesar de na época da autuação ainda não estar constando a alteração cadastral no Cadastro de Contribuintes do ICMS, referente ao processo de incorporação, a fiscalização já tinha conhecimento do ato jurídico, portanto, não teria razão para não atribuir a sujeição passiva à empresa incorporadora.

Após ouvir com atenção ao voto proferido, no momento da votação presente, com a devida vênia, discordância quanto a matéria, uma vez que aderi, com fundamentação diversa da apresentada no voto original, ao entendimento do Recurso Especial nº 1.848.993 – SP¹, cujo Acórdão foi publicado em setembro de 2020 e que foi admitido como recurso repetitivo, uniformizando, assim, a jurisprudência do STJ.

Convém transcrever a seguinte passagem do Voto proferido pelo Ilustre Relator, o Ministro Gurgel de Faria:

Assim, para que a extinção da pessoa jurídica resultante de incorporação surta seus efeitos também no âmbito tributário, faz-se necessário que essa operação seja oportunamente comunicada ao fisco, pois somente a partir da ciência da realização desse negócio inter partes é que a Administração Tributária saberá oficialmente da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN).

Em outras palavras, se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado contra a contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo

¹ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR INCORPORAÇÃO. OCORRÊNCIA ANTES DO LANÇAMENTO, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DESNECESSIDADE. **1. A interpretação conjunta dos arts. 1.118 do Código Civil e 123 do CTN revela que o negócio jurídico que culmina na extinção na pessoa jurídica por incorporação empresarial somente surte seus efeitos na esfera tributária depois de essa operação ser pessoalmente comunicada ao fisco, pois somente a partir de então é que Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, na condição de sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN). 2. Se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado em face da contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão.** 3. Por outro lado, se ocorrer a comunicação da sucessão empresarial ao fisco antes do surgimento do fato gerador, é de se reconhecer a nulidade do lançamento equivocadamente realizado em nome da empresa extinta (incorporada) e, por conseguinte, a impossibilidade de modificação do sujeito passivo diretamente no âmbito da execução fiscal, sendo vedada a substituição da CDA para esse propósito, consoante posição já sedimentada na Súmula 392 do STJ. 4. Na incorporação empresarial, a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela quitação dos créditos validamente constituídos contra a então contribuinte (arts. 1.116 do Código Civil e 132 do CTN). 5. Cuidando de imposição legal de automática responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o seu inadimplemento, a empresa sucessora poderá ser acionada independentemente de qualquer outra diligência por parte da Fazenda credora, não havendo necessidade de substituição ou emenda da CDA para que ocorra o imediato redirecionamento da execução fiscal. Precedentes. 6. **Para os fins do art. 1.036 do CPC, firma-se a seguinte tese: "A execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, quando verificado que esse negócio jurídico não foi informado oportunamente ao fisco."** 7. Recurso especial parcialmente provido. (grifos acrescidos)

para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão.
Frise-se que compete a ela (incorporadora) dar publicidade desse negócio jurídico, porquanto isso é de seu exclusivo interesse, sendo certo que o simples registro na Junta Comercial não alcança essa finalidade em relação à administração tributária, visto que não há na Lei n. 8.934/1994 previsão expressa de que esta (a administração tributária) seja pessoalmente cientificada desses assentamentos:

Apesar deste entendimento jurisprudencial não vincular a Administração Tributária, entendi que a fundamentação exposta enseja a superação de precedente anterior do CRF-PB (Acórdão nº 358/2020²), pois, só deve ser reconhecida a nulidade do procedimento quando ficar comprovado nos autos que a Fazenda Pública, não a fiscalização, comunicada oficialmente pela incorporadora, já tinha conhecimento do negócio jurídico de incorporação.

Aproveito a oportunidade para transcrever algumas ponderações ofertadas, no primeiro processo da pauta da referida Sessão de Julgamento do Tribunal Pleno³ do CRF-PB, pelo Ilustre Cons. Sidney Watson Fagundes da Silva:

A questão que precisa ser respondida é: que tipo de comunicação ao Fisco produz o efeito de tornar a Administração Tributária ciente da realização da operação de incorporação?

Caso entendamos que bastaria a apresentação da Ata de Incorporação e/ou de quaisquer outros documentos, por meio dos quais a empresa dê conhecimento, ainda que indiretamente, ao auditor fiscal responsável pela fiscalização, acerca da realização do negócio jurídico, haveríamos de decidir pela nulidade do Auto de Infração por indicação incorreta do sujeito passivo.

Neste ponto, em contraposição ao silogismo apresentado no parágrafo anterior, chamamos atenção para dois aspectos:

- a) Ainda que represente a Administração Tributária quando no exercício de suas funções, o auditor fiscal com ela não se confunde;
- b) O procedimento a ser realizado para alteração cadastral está previsto no RICMS/PB, cabendo, ao contribuinte, a obrigatoriedade de sua comunicação formal à SEFAZ/PB, em atenção ao que estabelecem os artigos 119, VII e 123 do RICMS/PB.

Desta feita, considerando que não consta nos autos do processo documentação que comprove que a autuada apresentou à Administração Tributária informação relativa à alteração da razão social da empresa, entendo que deva ser reconhecido que na elaboração do

² PROCESSO Nº 0027772016-8

PRIMEIRA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES SA EMBRATEL

2ª Recorrente: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES SA EMBRATEL

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

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

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, consequentemente, o reconhecimento da nulidade.

³ 85ª Sessão de Julgamento do Tribunal Pleno, realizada em 25/01/2021. Ponderações apresentadas no Processo nº 1627802017-3.

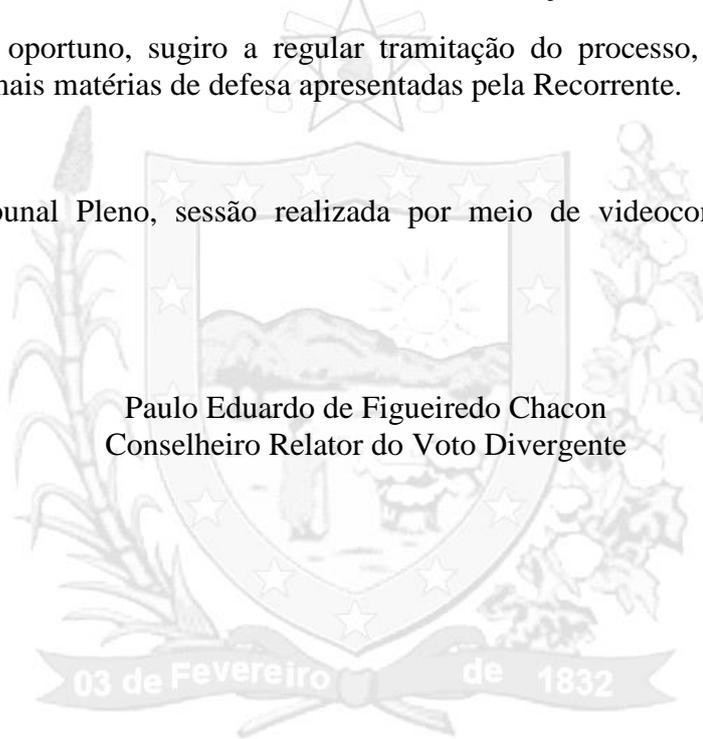
auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13, estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza da infração, não existindo, neste aspecto, incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo afastamento da preliminar de vício formal, suscitada de ofício, evidenciada pelo erro na indicação da pessoa do infrator, porquanto não restou comprovado nos autos que a incorporadora informou à Administração Tributária a alteração da razão social da empresa em momento anterior à lavratura do auto de infração.

Por oportuno, sugiro a regular tramitação do processo, com a consequente apreciação das demais matérias de defesa apresentadas pela Recorrente.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 25 de janeiro de 2021.



Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator do Voto Divergente

Processo nº 0371532015-0

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 GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA

Auantes: MARISE DO Ó CATÃO / CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

Relator do voto vista: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

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.*

RELATÓRIO

Trata-se dos recursos de ofício e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15, lavrado em 19/3/2015, (fls. 3 a 7), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA:

A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE JANEIRO/2010 A DEZEMBRO/2014, FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 346.409,20 (TREZENTOS E QUARENTA E SEIS MIL, QUATROCENTOS E NOVE REAIS E VINTE CENTAVOS) POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS E DEIXADO DE CALCULAR O FUNCEP SOBRE SERVIÇOS FATURADOS COM ISENÇÃO DE ICMS PARA ÓRGÃOS PÚBLICOS (DECRETOS Nº 24.755/2003 E 35.320/2014 E, AINDA, ART. 5º, INCISOS LXXVI E LXXXIII, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97), VIOLANDO ASSIM O ART. 2º, INCISO I, ALÍENA “G”, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C O ART. 2º, INCISO VII E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP), CONFORME QUADRO DEMONSTRATIVO ANEXO. CUMPRE RESSALTAR QUE NÃO SE ESTENDE AO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FUNCEP O BENEFÍCIO FISCAL DE ISENÇÃO DO ICMS NAS PRESTAÇÕES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFORME JÁ DECIDIDO PELO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS EM JULGADOS SEMELHANTES.

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 692.818,30 (seiscentos e noventa e dois mil, oitocentos e dezoito reais e trinta centavos), sendo R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos), de multa por infração, arriada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Foram juntados aos autos, às fls. 8 a 242, quadro demonstrativo do FUNCEP devido sobre os serviços de comunicação, sem o seu destaque e sem o seu recolhimento, bem como cópia do Acórdão nº361/2013, que trata da matéria objeto da autuação.

Cientificada a acusada de forma pessoal em 30 de março de 2015, fl. 7, pela representante da empresa incorporadora, Claro S/A, conforme instrumento procuratório às fls. 243 a 245, esta ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 29 de abril de 2015, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 266 a 287, em que solicita a improcedência da autuação, trazendo, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- em preliminar, solicita o reconhecimento da nulidade de parte dos créditos tributários dos períodos autuados de março a abril de 2010, tendo em vista terem sido constituídos após o prazo decadencial;
- que não prospera a cobrança do FUNCEP sobre prestações de serviços de comunicação que são isentas do ICMS nos termos do Convênio nº 107/95 e do RICMS/PB;

- que a multa aplicada é confiscatória, afrontando as determinações Constitucionais e que não é possível sua aplicação sobre períodos anteriores a junho/2011 em decorrência da falta de previsão legal.

Seguindo os trâmites procedimentais, e verificada a presença de antecedentes fiscais, fl. 315, mas sem a caracterização de reincidência, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos à julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que, após análise, decidiu pela *procedência parcial* do feito acusatório, fls. 319 a 328, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 567.862,42, sendo R\$ 331.009,95, de ICMS, e R\$ 236.852,47, de multa por infração, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. INFRAÇÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA PARCIAL. AFASTADA A MULTA APLICADA PARA OS PERÍODOS EM QUE NÃO HAVIA PREVISÃO LEGAL.

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.

O benefício previsto para o ICMS, por meio de Convênio, não deve ser estendido ao FUNCEP por falta de previsão legal na normativa que o regulamenta. A constatação da decadência para os períodos atuados de janeiro a março/2010 e o cancelamento da penalidade aplicada ao FUNCEP para os fatos geradores ocorridos antes da edição da Lei nº 9.414/2011, levou a derrocada de parte dos créditos tributários lançados na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Notificada da decisão singular em 20/8/2019, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 331, a empresa atuada, por meio de sua incorporadora, a empresa CLARO S/A, interpôs Recurso Voluntário, fls. 334 a 347, protocolado em 19/9/2019, fl. 333, em que aborda, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- Que deve ser mantida a decisão monocrática quanto a análise da decadência tributária;
- discorda da mesma decisão quanto ao objeto da autuação, sustentando a tese de que a isenção concedida nas prestações de serviços de telecomunicação, destinadas aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e Autarquias, autorizadas tanto pelo Convênio ICMS nº 107/95 quanto pelo RICMS/PB, também se estende ao FUNCEP;
- que tal restrição imposta pela fiscalização não se encontra prevista na legislação da Paraíba;
- que a multa aplicada de 100% extrapolaria os limites da razoabilidade, devendo ser revista, e que ofenderia os Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Razoabilidade;
- ao final, requer provimento do recurso voluntário e reforma da decisão de primeira instância, para que seja reconhecida a improcedência do lançamento, ou, subsidiariamente, a redução da multa punitiva a patamares razoáveis.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Solicitada sustentação oral pelos representantes legais da atuada e proferido Parecer nº 011/2021, do Assessor Jurídico desta Casa, nos termos do art. 20, X, da Portaria

GSER nº 248/2019/SEFAZ, juntado aos autos, e apresentados em 25/1/2021, na 85ª Sessão deste Tribunal Pleno.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15, lavrado em 19/3/2015, fl. 3, contra a empresa EMP BRASILEIRA TELECOMUNICACÕES SA EMBRATEL, devidamente qualificada nos autos.

Na 85ª sessão deste Tribunal iniciou o julgamento deste voto, em 25/1/2021, com apresentação da sustentação oral por parte da recorrente, bem como o parecer da Assessoria Jurídica desta Casa.

Foi apresentada uma preliminar suscitada por este relator, que vislumbrou uma existência de um vício formal, no que tange à sujeição passiva, que foi exposta da seguinte forma:

“Após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, vislumbro, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, não verificado pela instância prima, no que tange à sujeição passiva.

Observo que a empresa autuada foi incorporada pela empresa CLARO S/A, por celebração em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 18/12/2014, com eficácia do evento ocorrida em 31/12/2014, conforme documentação anexa às fls. 246 a 260, registrado na JUCESP em 13/2/2015, Protocolo nº 0.119.107/15-6. Portanto, antes da lavratura do libelo basilar, ocorrida em 19/3/2015, com ciência pessoal em 30/3/2015.

Quanto a sujeição passiva no caso em tela, devem ser levados em conta as considerações do CTN quanto a responsabilidade dos sucessores. Estabelece o artigo 129 do CTN, que os casos previstos sobre tal responsabilidade devem ser aplicados aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, à data dos atos nela referidos, no caso a incorporação, e aos constituídos posteriormente a estes, desde que as obrigações tenham surgidas até a referida data, ou seja, já em nome incorporadora.

Este terceiro caso, aos constituídos posteriormente aos atos da incorporação, é o caso ora em questão, que, de acordo com o artigo 132 e 133 do Codex, à incorporadora é que deve ser dada a sujeição passiva, pois a incorporada **não mais existe no mundo jurídico**, sendo a incorporadora a responsável tributária pelos fatos ocorridos até a data da sucessão.

CTN

Responsabilidade dos Sucessores

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Matéria similar já fora objeto de análise e decisão no mesmo sentido por esta Casa julgadora, por ocasião da 1ª Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno, no julgamento do Processo nº 0027772016-8, que se refere à mesma empresa como sujeito passivo, que resultou no Acórdão nº 358/2020, no qual foi reconhecida a nulidade formal em razão de erro quanto a identificação do sujeito passivo, devido a realização da incorporação, antes da autuação, mormente o fato de que o Fisco já tinha conhecimento deste ato jurídico.

Na 84ª Sessão Ordinária deste Tribunal, de 18/12/2020, durante os debates realizados durante o julgamento do Processo nº 1375112016-5, foi apresentado pelo Assessor Jurídico desta casa, Dr. Sérgio Roberto Félix Lima, o Acórdão do STJ, do RE nº 1.848.93-SP, referente à matéria ora em debate, cuja ementa abaixo transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR INCORPORAÇÃO. OCORRÊNCIA ANTES DO LANÇAMENTO, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DESNECESSIDADE. 1. A interpretação conjunta dos arts. 1.118 do Código Civil e 123 do CTN revela que **o negócio jurídico que culmina na extinção na pessoa jurídica por incorporação empresarial somente surte seus efeitos na esfera tributária depois de essa operação ser pessoalmente comunicada ao fisco, pois somente a partir de então é que Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, na condição de sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN).** 2. Se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado em face da contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão. 3. Por outro lado, se ocorrer a

comunicação da sucessão empresarial ao fisco antes do surgimento do fato gerador, é de se reconhecer a nulidade do lançamento equivocadamente realizado em nome da empresa extinta (incorporada) e, por conseguinte, a impossibilidade de modificação do sujeito passivo diretamente no âmbito da execução fiscal, sendo vedada a substituição da CDA para esse propósito, consoante posição já sedimentada na Súmula 392 do STJ. 4. Na incorporação empresarial, a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela quitação dos créditos validamente constituídos contra a então contribuinte (arts. 1.116 do Código Civil e 132 do CTN). 5. Cuidando de imposição legal de automática responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o seu inadimplemento, a empresa sucessora poderá ser acionada independentemente de qualquer outra diligência por parte da Fazenda credora, não havendo necessidade de substituição ou emenda da CDA para que ocorra o imediato redirecionamento da execução fiscal. Precedentes. 6. Para os fins do art. 1.036 do CPC, firma-se a seguinte tese: "A execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, quando verificado que esse negócio jurídico não foi informado oportunamente ao fisco." 7. Recurso especial parcialmente provido. (grifos acrescidos)

Extrai-se da decisão acima, pelos pontos destacados, que se o ato jurídico da incorporação não for oportunamente informado ao Estado, considera-se válida a sujeição passiva em nome da incorporada, para os fatos geradores ocorridos após o ato jurídico da incorporação, sob pena de permitir que a incorporada se beneficie de sua própria omissão, ou seja, a ausência de comunicação ao Estado da celebração do aludido ato.

Contudo, entendo que o teor da citada decisão não se aplica ao caso ora em questão, com todo respeito aos que são contrários a este entendimento, pois não há como o Estado alegar a falta de conhecimento do ato jurídico da incorporação da empresa autuada.

Primeiramente observo que consta na Ordem de Serviço nº 93300008.12.00009437/2014-00, que deu origem a autuação em epígrafe, a instrução para auditoria nos últimos 5 anos, com a observação que a empresa seria incorporada pela Claro S/A, conforme cópia da mesma juntada aos autos às fls. 352 e 353 por este relator. Ou seja, a fiscalização já tinha conhecimento que haveria o ato de incorporação a qualquer tempo, que foi realizado antes da lavratura do Auto de Infração, e este foi de seu conhecimento, pois foi dada ciência da autuação à empresa incorporadora, com a cópia da documentação do ato de incorporação, juntada pela própria fiscalização.

Assim, verificando que, apesar de na época da autuação ainda não estar constando a alteração cadastral no Cadastro de Contribuintes do ICMS, referente ao processo de incorporação, a fiscalização já tinha conhecimento do ato jurídico, portanto, não teria razão para não atribuir a sujeição passiva à empresa incorporadora. Aliás, o RICMS/PB permite inclusive alteração cadastral *ex officio* ao se verificar alterações, devendo ser acompanhadas de justificativas e documentos. Vejamos o artigo 123 do RICMS/PB, que trata da matéria:

Art. 123. **Será igualmente exigido o preenchimento da FAC ou do aplicativo de coleta de dados quando se verificar, em qualquer ocasião, alteração dos dados cadastrais do estabelecimento ou da firma, tais como:** mudança de endereço, de ramo de negócio ou de atividade, **alteração de nome ou de natureza da firma ou sociedade** e alterações de capital social, **entre outros**, devendo ainda, ser anexadas, quando for o caso, cópias autenticadas dos documentos relativos às alterações, observado o disposto na portaria de que trata o parágrafo único do art. 122.

§ 1º Nas alterações de que trata este artigo, será lançado na FAC ou no aplicativo de coleta de dados apenas o número de inscrição estadual e os campos alusivos às modificações a serem introduzidas.

§ 2º Os dados cadastrais a que se refere o “caput” deste artigo, também poderão ser alterados “ex officio”, quando, mediante ação fiscal, for detectada “in loco” a necessidade de alteração ou atualização das informações.

§ 3º As alterações de que trata o § 2º deverão ser acompanhadas de justificativas e de documentos, em meio físico ou eletrônico, que instruem tais procedimentos.

§ 4º Os dados de contato do contribuinte, do Profissional da Contabilidade e dos integrantes do quadro de sócios e administradores poderão ser atualizados por meio de procedimento alternativo previsto em norma expedida pelo Secretário de Estado da Receita.

Assim, entendo não haver dúvida de que houve um equívoco da fiscalização ao atribuir, no caso em tela, a sujeição passiva a empresa incorporada, contrariando também o que estabelece também o artigo 40 do RICMS/PB, pois era de seu conhecimento que esta não mais existia por ocasião da lavratura do Auto de Infração, e que a sua sucessora, a empresa CLARO S/A, era a responsável pelos créditos tributários constituídos posteriormente ao ato, e relativamente às obrigações tributárias surgidas até a respectiva data. Vejamos:

RICMS

Art. 40. São também responsáveis:

(...)

III - a **pessoa jurídica que resulte fusão, transformação ou incorporação**, pelo débito fiscal da pessoa jurídica fusionada, transformada ou incorporada; (g. n.)

Diante das considerações supra, entendo que foi equivocada a identificação da empresa incorporada como o sujeito passivo na lavratura da peça vestibular, de forma que resta configurado o vício formal previsto no art. 17, I, c/c os arts. 15 e 16, todos da Lei nº 10.094/2013. vejamos:

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:

I - à **identificação do sujeito passivo**;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. (g. n.)

Destarte, em observação ao Princípio da Verdade Material e da legalidade, resta-me reformar a decisão de primeira instância, em razão do vício formal identificado na peça acusatória, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar, e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta indicação da sujeição passiva.”

Em seguida, foi apresentado um voto divergente do Conselheiro Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que assim se pronunciou:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – PRELIMINAR – NULIDADE – VÍCIO FORMAL – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR – NÃO CONFIGURADO – PRELIMINAR REJEITADA.

- 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.

VOTO DIVERGENTE

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15, lavrado em 19 de março de 2015 contra a empresa EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S. A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, os auditores fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço nº 93300008.12.00009437/2014-00 denunciaram o sujeito passivo de haver cometido a seguinte infração, ipsi litteris:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA: A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE JANEIRO/2010 A DEZEMBRO/2014, FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 346.409,20 (TREZENTOS E QUARENTA E SEIS MIL, QUATROCENTOS E NOVE REAIS E VINTE CENTAVOS) POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS E DEIXADO DE CALCULAR O FUNCEP SOBRE SERVIÇOS FATURADOS COM ISENÇÃO DE ICMS PARA ÓRGÃOS PÚBLICOS (DECRETOS Nº 24.755/2003 E 35.320/2014 E, AINDA, ART. 5º, INCISOS LXXVI E LXXXIII, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97), VIOLANDO ASSIM O ART. 2º, INCISO I, ALÍENA “G”, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C O ART. 2º, INCISO VII E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP), CONFORME QUADRO DEMONSTRATIVO ANEXO. CUMPRE RESSALTAR QUE NÃO SE ESTENDE AO ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FUNCEP O BENEFÍCIO FISCAL DE ISENÇÃO DO ICMS NAS PRESTAÇÕES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFORME JÁ DECIDIDO PELO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS EM JULGADOS SEMELHANTES.

Em decorrência dos fatos acima, os Representantes Fazendários lançaram, de ofício, crédito tributário na quantia total de R\$ 692.818,30 (seiscentos

e noventa e dois mil, oitocentos e dezoito reais e trinta centavos), sendo R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos) de FUNCEP não recolhido, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, e R\$ 346.409,15 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e nove reais e quinze centavos), de multa por infração, arremada no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Após o devido tramite processual, os autos foram remetidos ao CRF-PB, oportunidade na qual foram distribuídos ao Ilustre Conselheiro Relator Petrônio Rodrigues Lima, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

O processo foi incluído na pauta da 85ª Sessão de julgamento do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 25 de janeiro de 2021, tendo o Conselheiro Relator apresentado seu voto para reformar, de ofício, a decisão recorrida com base no reconhecimento de nulidade por vício formal decorrente de erro na indicação da pessoa do infrator.

Em apertadas linhas, é possível afirmar que o entendimento do Nobre Relator estava lastreado na premissa segundo a qual constava nos autos do processo documentos aptos a comprovar o conhecimento, pela fiscalização, do ato de incorporação da autuada pela empresa CLARO S/A, em momento anterior à lavratura do libelo basilar, situação jurídica que demandaria o reconhecimento da referida nulidade, senão veja-se as seguintes passagens do Voto apresentado:

“Observo que a empresa autuada foi incorporada pela empresa CLARO S/A, por celebração em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 18/12/2014, com eficácia do evento ocorrida em 31/12/2014, conforme documentação anexa às fls. 246 a 260, registrado na JUCESP em 13/2/2015, Protocolo nº 0.119.107/15-6. Portanto, antes da lavratura do libelo basilar, ocorrida em 19/3/2015, com ciência pessoal em 30/3/2015.

(...)

Este terceiro caso, aos constituídos posteriormente aos atos da incorporação, é o caso ora em questão, que, de acordo com o artigo 132 e 133 do Codex, à incorporadora é que deve ser dada a sujeição passiva, pois a incorporada não mais existe no mundo jurídico, sendo a incorporadora a responsável tributária pelos fatos ocorridos até a data da sucessão.

(...)

Primeiramente observo que consta na Ordem de Serviço nº 93300008.12.00009437/2014-00, que deu origem a autuação em epígrafe, a instrução para auditoria nos últimos 5 anos, com a observação que a empresa seria incorporada pela Claro S/A, conforme cópia da mesma juntada aos autos às fls. 352 e 353 por este relator. Ou seja, a fiscalização já tinha conhecimento que haveria o ato de incorporação a qualquer tempo, que foi realizado antes da lavratura do Auto de Infração, e este foi de seu conhecimento, pois foi dada ciência da autuação à empresa incorporadora, com a cópia da documentação do ato de incorporação, juntada pela própria fiscalização.

Assim, verificando que, apesar de na época da autuação ainda não estar constando a alteração cadastral no Cadastro de Contribuintes do ICMS, referente ao processo de incorporação, a fiscalização já tinha conhecimento do ato jurídico, portanto, não teria razão para não atribuir a sujeição passiva à empresa incorporadora.

Após ouvir com atenção ao voto proferido, no momento da votação apresentei, com a devida vênia, discordância quanto a matéria, uma vez que aderi, com fundamentação diversa da apresentada no voto original, ao

entendimento do Recurso Especial nº 1.848.993 – SP⁴, cujo Acórdão foi publicado em setembro de 2020 e que foi admitido como recurso repetitivo, uniformizando, assim, a jurisprudência do STJ.

Convém transcrever a seguinte passagem do Voto proferido pelo Ilustre Relator, o Ministro Gurgel de Faria:

Assim, para que a extinção da pessoa jurídica resultante de incorporação surta seus efeitos também no âmbito tributário, faz-se necessário que essa operação seja oportunamente comunicada ao fisco, pois somente a partir da ciência da realização desse negócio inter partes é que a Administração Tributária saberá oficialmente da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN).

Em outras palavras, se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado contra a contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão.

Frise-se que compete a ela (incorporadora) dar publicidade desse negócio jurídico, porquanto isso é de exclusivo interesse, sendo certo que o simples registro na Junta Comercial não alcança essa finalidade em relação à administração tributária, visto que não há na Lei n. 8.934/1994 previsão expressa de que esta (a administração tributária) seja pessoalmente cientificada desses assentamentos:

Apesar deste entendimento jurisprudencial não vincular a Administração Tributária, entendi que a fundamentação exposta enseja a superação de precedente anterior do CRF-PB (Acórdão nº 358/2020⁵), pois, só deve ser reconhecida a nulidade do procedimento quando ficar comprovado nos autos que a

⁴ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR INCORPORAÇÃO. OCORRÊNCIA ANTES DO LANÇAMENTO, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DESNECESSIDADE. **1. A interpretação conjunta dos arts. 1.118 do Código Civil e 123 do CTN revela que o negócio jurídico que culmina na extinção na pessoa jurídica por incorporação empresarial somente surte seus efeitos na esfera tributária depois de essa operação ser pessoalmente comunicada ao fisco, pois somente a partir de então é que Administração Tributária saberá da modificação do sujeito passivo e poderá realizar os novos lançamentos em nome da empresa incorporadora (art. 121 do CTN) e cobrar dela, na condição de sucessora, os créditos já constituídos (art. 132 do CTN).** **2. Se a incorporação não foi oportunamente informada, é de se considerar válido o lançamento realizado em face da contribuinte original que veio a ser incorporada, não havendo a necessidade de modificação desse ato administrativo para fazer constar o nome da empresa incorporadora, sob pena de permitir que esta última se beneficie de sua própria omissão.** **3. Por outro lado, se ocorrer a comunicação da sucessão empresarial ao fisco antes do surgimento do fato gerador, é de se reconhecer a nulidade do lançamento equivocadamente realizado em nome da empresa extinta (incorporada) e, por conseguinte, a impossibilidade de modificação do sujeito passivo diretamente no âmbito da execução fiscal, sendo vedada a substituição da CDA para esse propósito, consoante posição já sedimentada na Súmula 392 do STJ.** **4. Na incorporação empresarial, a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela quitação dos créditos validamente constituídos contra a então contribuinte (arts. 1.116 do Código Civil e 132 do CTN).** **5. Cuidando de imposição legal de automática responsabilidade, que não está relacionada com o surgimento da obrigação, mas com o seu inadimplemento, a empresa sucessora poderá ser acionada independentemente de qualquer outra diligência por parte da Fazenda credora, não havendo necessidade de substituição ou emenda da CDA para que ocorra o imediato redirecionamento da execução fiscal. Precedentes.** **6. Para os fins do art. 1.036 do CPC, firma-se a seguinte tese: "A execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, quando verificado que esse negócio jurídico não foi informado oportunamente ao fisco."** **7. Recurso especial parcialmente provido. (grifos acrescidos)**

⁵ PROCESSO Nº 0027772016-8

PRIMEIRA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES SA EMBRATEL

2ª Recorrente: EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES SA EMBRATEL

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

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

Autuaantes: MARISE DO Ó CATÃO E CARLOS GUERRA GABÍNIO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

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 conseqüente extinção da sociedade, impõe o reconhecimento da ilegitimidade passiva, nos termos do art. 132, do CTN e, conseqüentemente, o reconhecimento da nulidade.

Fazenda Pública, não a fiscalização, comunicada oficialmente pela incorporadora, já tinha conhecimento do negócio jurídico de incorporação.

Aproveito a oportunidade para transcrever algumas ponderações ofertadas, no primeiro processo da pauta da referida Sessão de Julgamento do Tribunal Pleno⁶ do CRF-PB, pelo Ilustre Cons. Sidney Watson Fagundes da Silva:

A questão que precisa ser respondida é: que tipo de comunicação ao Fisco produz o efeito de tornar a Administração Tributária ciente da realização da operação de incorporação?

Caso entendamos que bastaria a apresentação da Ata de Incorporação e/ou de quaisquer outros documentos, por meio dos quais a empresa dê conhecimento, ainda que indiretamente, ao auditor fiscal responsável pela fiscalização, acerca da realização do negócio jurídico, haveríamos de decidir pela nulidade do Auto de Infração por indicação incorreta do sujeito passivo.

Neste ponto, em contraposição ao silogismo apresentado no parágrafo anterior, chamamos atenção para dois aspectos:

- a) Ainda que represente a Administração Tributária quando no exercício de suas funções, o auditor fiscal com ela não se confunde;*
- b) O procedimento a ser realizado para alteração cadastral está previsto no RICMS/PB, cabendo, ao contribuinte, a obrigatoriedade de sua comunicação formal à SEFAZ/PB, em atenção ao que estabelecem os artigos 119, VII e 123 do RICMS/PB.*

Desta feita, considerando que não consta nos autos do processo documentação que comprove que a autuada apresentou à Administração Tributária informação relativa à alteração da razão social da empresa, entendo que deva ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13, estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza da infração, não existindo, neste aspecto, incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo afastamento da preliminar de vício formal, suscitada de ofício, evidenciada pelo erro na indicação da pessoa do infrator, porquanto não restou comprovado nos autos que a incorporadora informou à Administração Tributária a alteração da razão social da empresa em momento anterior à lavratura do auto de infração.

Por oportuno, sugiro a regular tramitação do processo, com a consequente apreciação das demais matérias de defesa apresentadas pela Recorrente.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 25 de janeiro de 2021.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator do Voto Divergente”

Com fundamento no art. 55 da Portaria nº 00248/2019/SEFAZ⁷ (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais) foi colocado esta preliminar em votação, sendo

⁶ 85ª Sessão de Julgamento do Tribunal Pleno, realizada em 25/01/2021. Ponderações apresentadas no Processo nº 1627802017-3.

⁷ **Art. 55.** Antes do início da votação, o Conselheiro-Presidente facultará a qualquer Conselheiro o direito de pedir esclarecimento ou examinar documentos nos autos, com vista a dirimir quaisquer dúvidas, para melhor fundamentação de seu voto.

vencedor o voto divergente por maioria, com voto de desempate do Conselheiro Presidente, sendo, portanto, rejeitada a preliminar suscitada.

Passo, então, a apreciação do mérito, iniciando pela análise da decadência tributária como sua prejudicial.

Da Decadência Tributária

A primeira instância considerou extintos os créditos tributários dos períodos de janeiro, fevereiro e março de 2010, em razão do alcance da decadência tributária, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Cabe esclarecer que a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por *homologação*, tratando-se de tributo em que a legislação remete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, conforme disciplinado no caput do art. 150 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco. Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita (por decurso do prazo legal estipulado no § 4º da norma supracitada).

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada. Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

No caso em exame, houve a entrega, por parte da autuada, de declarações de informações fiscais à Secretaria de Estado da Receita da Paraíba⁸. Sendo assim, em consonância com o art. 22, § 3º, da Lei nº 10.094/2013⁹, não resta dúvida de que o prazo

§ 1º As questões preliminares serão votadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas.
§ 2º Rejeitada a preliminar, será votado o mérito.

⁸ Fonte: Sistema ATF da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba.

⁹ Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do

decadencial para a constituição do crédito submete-se à regra imposta pelo § 4º do art. 150 do CTN, acima citado, e não a do art. 173, I, do CTN¹⁰.

Neste norte, verifico que a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu em 30/3/2015 (fls. 7). Assim, considerando, para o caso em questão, o prazo decadencial tem como referência a ocorrência do fato gerador, verifico que este se contaria a partir de 30/3/2010, devendo ser excluído da autuação, portanto, os fatos geradores anteriores a esta data, ou seja, o período de 1º/1/2010 a 29/3/2010.

Assim, não tendo ocorrido lançamentos inerentes aos dias 30 e 31/3/2010, fl. 19 (verso), devem ser excluídos os créditos tributários lançados de ofício referentes aos meses de janeiro de 2010 à março de 2010, comungando com a decisão monocrática.

Passo, então, à análise e julgamento de mérito.

Do Mérito

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos exercícios de 2010 a 2014, de acordo com os demonstrativos apresentados às fls. 8 a 227, e com a peça acusatória.

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, infracitado:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, com o objetivo de viabilizar, a todos os paraibanos, acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados, exclusivamente, em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, conforme disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.611/04, elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas a incidência do percentual de 2 % sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, in verbis:

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois

Código Tributário Nacional.

(...)

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

¹⁰ **Art. 173.** O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

(...)

g) *serviços de comunicação;*

(...)

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2 % na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o preço do serviço, tratando-se do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infracitado:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, **o preço do serviço;** (*grifo nosso*)

Extrai-se dos autos que o presente contencioso teve por origem a ausência de recolhimento do FUNCEP, sobre os serviços faturados com isenção de ICMS para órgãos públicos.

A discussão da presente lide centraliza no fato de o benefício fiscal da isenção, atribuída ao ICMS nas prestações de serviço para órgãos públicos, conforme prevê o Convênio ICMS 107/95, ser utilizado também para a aplicação do percentual destinado ao recolhimento do FUNCEP.

Primeiramente, contrariando o entendimento da recorrente, vale salientar que os recursos arrecadados do FUNCEP têm destinação específica, conforme o artigo 1º da Lei nº 7.611/04, supracitado. Portanto, tem natureza jurídica própria, diferentemente do imposto, cujo tributo independe de qualquer atividade estatal específica, conforme conceituação extraída do CTN, em seu artigo 16 abaixo transcrito:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

O Convênio ICMS nº 107/95, autorizou a concessão de isenção do ICMS nas prestações de serviço de telecomunicação, destinadas à órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, mantidas pelo Poder Público Estadual, o que não pode ser extensivo a outros tributos, pois os benefícios fiscais trazidos por convênios nacionais é uma prerrogativa apenas para o ICMS, estabelecida pelo artigo 155, § 2º, XII, “g”, da atual Carta Magna, que indica a forma como tal benefício pode ser concedido pelos Estados, que deve ser determinado por Lei Complementar.

A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, determina que, dentre outros benefícios fiscais, as isenções do ICMS devem ser concedidas nos termos de Convênio Nacional, não se referindo em nenhum momento ao FUNCEP.

Seguem abaixo os dispositivos normativos citados:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I – (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...);

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Assim, diante do contexto acima, e verificando que a Lei nº 7.611/04, bem como o Decreto nº 25.618/04, que a regulamenta, não prevê qualquer isenção para o FUNCEP, corroboro o entendimento trazido pelos auditores atuantes, e ratificado pela instância “*a quo*”, que o FUNCEP não se confunde com o ICMS, cujo benefício fiscal atribuído às prestações de serviço destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, foi regido pelo Convênio ICMS 107/95.

Aliado a este entendimento, está o Parecer nº 011/2021 do Procurador do Estado dr. Sérgio Roberto Felix de Lima, Assessor Jurídico desta Casa, juntada aos autos.

Destarte, agiram corretamente os auditores fiscais, na ação fiscal ora em comento, lançando de ofício os valores do FUNCEP devido, em conformidade com os quadros demonstrativos que instruem o presente Processo, juntados às fls. 8 a 227.

Ressalto que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca da matéria similar, conforme edição do Acórdão nº 361/2013, de relatoria da nobre Cons.^a Maria das Graças de Oliveira Lima, que abaixo transcrevo:

RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNCEP. NÃO APROVEITAMENTO DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ERRONEAMENTE CONSIDERADOS COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

- Preliminares de nulidade do lançamento de ofício não acolhidas, visto que o mesmo preenche os requisitos mínimos à constituição válida do processo: presença de elementos suficientes à perfeita identificação da natureza de infração e da pessoa do infrator, além da lavratura por autoridade fiscal competente.
- Não se estende ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações do serviço de comunicação mediante televisão por assinatura, em face de expressa previsão legal nesse sentido. Razão por que, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação.
- A falta de recolhimento do adicional do FUNCEP sobre o valor do ICMS incidente sobre serviços que, não obstante se inserirem na categoria de serviços de comunicações, consoante o previsto na legislação de regência, foram erroneamente considerados pelo contribuinte como isentos ou não tributados, legítima a exigência do tributo.
- Ajustes promoveram a exclusão dos valores referentes à penalidade em virtude da falta de previsão legal ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.

DA PENALIDE APLICADA

Com relação a multa aplicada, que, juntamente com a decadência tributária já analisada, foi objeto do recurso de ofício pelo seu afastamento na primeira instância, relativamente aos períodos de abril de 2010 a 11 de julho de 2011, esta somente veio a existir com o advento da Lei nº 9.414/2011, publicada em 12 de julho de 2011, que acrescentou o art. 8º da Lei nº 7.611/2004¹¹. Portanto, entendo que antes da vigência dessa norma, não há que se falar em multa por infração pelo não recolhimento do FUNCEP no prazo estabelecido, devido à inexistência de cominação legal para os ilícitos relacionados ao descumprimento da obrigação principal relacionada ao FUNCEP.

Entendimento correto da instância prima, que afastou os valores da multa infracional referente ao período de abril de 2010 a 11 de julho de 2011, conforme planilha demonstrativa à fl. 323, devido à ausência de lei estabelecidora da sanção por falta de recolhimento do FUNCEP, no citado período.

Quanto à alegação da recorrente de que a multa aplicada se apresenta desproporcional e confiscatória, os agentes do Fisco atuaram nos limites da Lei nº 7.611/04 (Lei do FUNCEP/PB), que é o instrumento normativo que deve ser observado. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desse dispositivo legal. Desrespeitá-las consistiria numa afronta ao Princípio da Legalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo.

Para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade. E não cabe aos Tribunais Administrativos adentrar nessa seara pretendida, conforme Súmula nº 3 desta Casa, publicada no DOE eletrônico da SEFAZ/PB em 19/11/2019, por meio da Portaria nº 311/2019/SEFAZ.

¹¹ Art. 8 A falta de recolhimento do adicional de que trata o "caput" do inciso I do Art. 2º implicará multa de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SÚMULA 03 – 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. Destarte, não cabe a discricionariedade para a aplicação da penalidade, pretendida pela Recorrente.

Diante das considerações supra, deve o crédito tributário ser mantido em conformidade com a decisão monocrática.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos de ofício, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a decisão singular, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000389/2015-15, lavrado em 19 de março de 2015 contra a autuada, EMP BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. EMBRATEL, inscrição estadual nº 16.055.892-1, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 567.862,42 (quinhentos e sessenta e sete mil, oitocentos e sessenta e dois reais e quarenta e dois centavos)**, sendo **R\$ 331.009,95 (trezentos e trinta e um mil, nove reais e noventa e cinco centavos)** de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004, e **R\$ 236.852,47 (duzentos e trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos)** de multa por infração, arrimada no art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

Ao tempo que cancelo, por indevido, o total de **R\$ 124.955,88** (cento e vinte e quatro mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), sendo **R\$ 15.399,20** (quinze mil, trezentos e noventa e nove reais e vinte centavos) de FUNCEP e **R\$ 109.556,68** (cento e nove mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração.

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

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de fevereiro de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator