

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 5ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 0709910-57.2018.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) BONASA ALIMENTOS S/A

Relator Desembargador ANGELO PASSARELI

Acórdão N° 1181584

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO EMPRESARIAL. CONCESSÃO AUTOMÁTICA DE BENEFÍCIO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PERTINENTES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA REFORMADA.

1 – Impetrado o Mandado de Segurança contra acórdão de Tribunal Fiscal, correta é a indicação do Presidente de tal Corte Administrativa como autoridade coatora, cuja legitimidade passiva desponta do fato de que, em tal condição, está a representar todo o colegiado que lavrou o acórdão, em tese, ilegal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2 – A incorporação empresarial não possui o condão de dispensar a sociedade incorporadora de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de determinado benefício fiscal.

3 – No caso concreto, à falta de comprovação de que a empresa interessada se enquadra nos parâmetros legalmente exigidos, forçoso reconhecer a legalidade da negativa de inscrição em regime especial de apuração tributária, no caso o regime especial de que trata o art. 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997, notadamente porquanto não evidenciado o direito líquido e certo invocado.

Preliminar rejeitada.

Apelação Cível e Remessa Oficial providas.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ANGELO PASSARELI - Relator, JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - 1º Vogal e DIAULAS COSTA RIBEIRO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS, em proferir a seguinte decisão: CONHECER DO RECURSO. RECEBER A REMESSA. REJEITAR PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO A AMBOS. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de Junho de 2019

Desembargador ANGELO PASSARELI
Relator

RELATÓRIO

O relatório é, em parte, o da sentença (Doc. Num. 8695036):

“Trata-se de mandado de segurança impetrado por BONASA ALIMENTOS S/A contra ato administrativo praticado pelo PRESIDENTE DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL – TARF, indicado como autoridade COATORA, com a indicação do DISTRITO FEDERAL como pessoa jurídica de direito público interessada.

Alega, em suma, que faz parte de um grupo econômico, com abrangência nos Estados do Pará, do Maranhão, de Tocantins e de Goiás, além do Distrito Federal, que se dedica às atividades de produção de carne de aves e suínos, em processo de integração com o produtor rural (parceria agrícola). Aponta que a empresa Asa Alimentos Ltda (posteriormente convertida para S/A) aderiu ao regime especial de apuração mensal de ICMS previsto no art. 320-D do Decreto nº 18.955/97 (RICMS/DF), desde o ano de 2003.

Relata que em 30/04/2014 tal empresa (Asa Alimentos Ltda) foi incorporada pela empresa Asa Norte Alimentos S/A, e logo em seguida houve alteração da denominação da empresa incorporadora, passando a ser denominada BONASA ALIMENTOS S.A. Sustenta a operação de incorporação promoveu-se apenas para unificar e simplificar a estrutura jurídica das empresas, sendo que as mesmas atividades econômicas, anteriormente realizadas pelos estabelecimentos da sociedade incorporada, localizados no DF e Região, tiveram continuidade nas mesmas unidades agroindustriais, que permaneceram recolhendo o ICMS no mesmo Regime Especial aplicado à sociedade incorporada.

Reverbera que decorrência da operação de incorporação da empresa Asa Alimentos S.A., a impetrante sucedeu a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, conforme disciplina o art. 227 da Lei de Sociedades por Ações – LSA. Ocorre, contudo, que em razão de exigência infralegal da Portaria nº 162/20162, da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, lhe foi negado, pelo impetrado, a manutenção do Regime Especial (recadastramento) sob o exclusivo fundamento de que a incorporação teria extinguido a pessoa jurídica cadastrada e, desta forma, sua habilitação não poderia se transferir automaticamente à incorporadora.

Ressalta, ainda, que todas os demais requisitos e condições para a adesão ao regime especial foram considerados cumpridos pelo órgão de segunda instância do processo administrativo-fiscal, razão pela qual a controvérsia do presente Writ reduz-se à aplicação do art. 227 da Lei das S.A. Tece considerações sobre o direito e requer, em sede de liminar, sejam suspensos os efeitos da decisão que

indeferiu o pedido de recadastramento da empresa incorporadora (Bonasa Alimentos S.A.) ao regime especial previsto no art. 320-D, do RICMS, até julgamento de mérito definitivo da presente ação.

No mérito, requer seja concedida a segurança para determinar que a autoridade impetrada aplique o art. 227 da Lei das S.A. e admita que há imediata sucessão, pela incorporadora, do acervo patrimonial da pessoa jurídica extinta nos termos da lei civil (todos os direitos e obrigações), dentre os quais o de fruição do regime especial do art. 320-D do RICMS/DF.

Juntou documentos.

Liminar deferida em parte, apenas para determinar que a autoridade coatora indicasse de forma objetiva quais foram os requisitos descumpridos pela empresa incorporada (Asa Alimentos) e quais foram os requisitos descumpridos pela empresa incorporadora (Bonasa S/A) em relação ao Regime Especial (ID 23778256).

Em suas informações (ID 24351639) a autoridade coatora suscitou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que, embora a 'autoridade a quo' tenha se convencido de que 'realmente várias filiais de Asa Alimentos Ltda requereram o enquadramento no regime especial', o indeferimento da aplicação do regime especial de apuração mensal de ICMS previsto no art. 320-D do Decreto nº 18.955/97 (RICMS/DF), deveria ser mantido 'ao fundamento de que a incorporadora, Bonasa Alimentos S/A, deveria ter requerido o enquadramento no regime especial, uma vez que não há transferência automática de regime especial de apuração da incorporada para a incorporadora', com base no art. 1.118 do Código Civil, que prevê a extinção da incorporada após a incorporação.

O Distrito Federal requereu a sua intervenção no feito, e pugnou pelo indeferimento do pedido e denegação da segurança (ID 24366563).

Por não vislumbrar interesse ou utilidade que justifique a intervenção do Ministério Público, este deixou de oficiar nos autos, conforme manifestação de ID 24715034.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.”

O dispositivo da sentença restou vazado nos seguintes termos:

“Tecidas estas considerações, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada por BONASA ALIMENTOS S/A a fim de DETERMINAR que a autoridade impetrada, PRESIDENTE DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL – TARF, bem como a entidade de direito público interessada, DISTRITO FEDERAL, admitam que há imediata sucessão, pela incorporadora, do acervo patrimonial da pessoa jurídica extinta, dentre os quais o de fruição do regime especial do art. 320-D do RICMS/DF, observados os demais requisitos constantes Portaria nº 162, de 23 de agosto de 2016.

Por consequência, EXTINGO O PROCESSO, com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC, c/c Lei 12.016/2009.

Em razão da ilegalidade do ato praticado pelo Distrito Federal (Teoria do Órgão) e do princípio da causalidade, e tendo presente, ainda, a isenção legal prevista no art. 1º do Decreto-lei n. 500/69, condeno o Distrito Federal ao ressarcimento das custas processuais adiantadas pela impetrante.

Sem honorários advocatícios (Súmulas n° 512 do STF e n°105 do STJ e art. 25 da Lei 12.016/2009).

Comunique-se a autoridade coatora, na forma do art. 13 da Lei n. 12.016/09.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (Lei n. 12.016/09, art. 14, § 1º).

Sentença registrada eletronicamente nesta data. Publique-se e intemem-se.” (Doc. Num. 8695036 - Pág. 5).

Irresignado, o Distrito Federal apela (Doc. Num. 8695072).

Em suas razões recursais, suscita a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, sob o argumento de que o Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais – TARF – **“não detém competência funcional para praticar o ato requerido pela Apelada”** (Doc. Num. 8695072 - Pág. 4).

No mérito, assevera que, no caso de a **“empresa incorporada usufruir de um regime especial de tributação, este não se transfere automaticamente à empresa incorporadora, pois é necessário que a incorporadora comprove o cumprimento dos requisitos legais para a fruição de tal regime”** (Doc. Num. 8695072 - Pág. 7).

Sustenta que, diversamente do que pressupôs o Magistrado sentenciante, no caso, a parte Impetrante/Apelada não fez prova do preenchimento dos requisitos legais para a fruição do regime especial relativo ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS –, motivo pelo qual não faz jus a tal benefício fiscal.

Dá exemplos de situações que poderiam advir acaso mantido o entendimento manifestado em sentença.

Por fim, requer o conhecimento e o provimento do recurso, para que seja acolhida a preliminar suscitada, com a conseqüente extinção do Feito. Não sendo o caso, pugna a reforma da sentença para **“denegar a segurança, ante a não comprovação do direito líquido e certo ao regime especial de tributação”** (Doc. Num. 8695072 - Pág. 8).

Contrarrazões apresentadas (Doc. Num. 8695082).

O Ministério Público reiterou o desinteresse em intervir no Feito e, conseqüentemente, em recorrer (Doc. Num. 8695078).

Sentença submetida ao Reexame Necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

É o relatório .

VOTOS

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e recebo a Remessa Oficial.

Cuidou-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por BONASA ALIMENTOS S/A contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL – TARF, apontando-se como autoridade coatora a pessoa do PRESIDENTE DO TARF, sob a alegação de que padeceu de ilegalidade a decisão administrativa colegiada que negou o recadastramento da empresa ora Impetrante no regime de apuração definido no artigo 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997.

Como relatado, o MM Juiz de origem, em sentença, concedeu a segurança pleiteada, para “**DETERMINAR que a autoridade impetrada, PRESIDENTE DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL – TARF, bem como a entidade de direito público interessada, DISTRITO FEDERAL, admitam que há imediata sucessão, pela incorporadora, do acervo patrimonial da pessoa jurídica extinta, dentre os quais o de fruição do regime especial do art. 320-D do RICMS/DF, observados os demais requisitos constantes Portaria nº 162, de 23 de agosto de 2016**” (Doc. Num. 8695036 - Pág. 4).

Acresço que, em função disso, o Distrito Federal restou condenado ao ressarcimento das custas processuais adiantadas pela Impetrante.

Irresignado, o Ente Distrital apelou e, em síntese, suscitou preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, sustentou a impossibilidade de concessão automática de benefício fiscal de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

A Impetrante/Apelada, por sua vez, defendeu a manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

Pois bem.

De início, cumpre apreciar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, a qual, adianto, não prospera.

Compulsando os autos, verifico que o remédio constitucional mandamental ora em apreço foi impetrado contra ato colegiado confeccionado pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal – TARF.

Em decorrência disso, a autoridade apontada como coatora foi o agente responsável por representar externamente tal colegiado, qual seja o Presidente do TARF.

Nesse contexto, inexistem irregularidades a serem apontadas, sendo patente a legitimidade da Autoridade apontada como coatora.

Com efeito, à luz do posicionamento jurisprudencial desta Corte de Justiça acerca das disposições constantes dos artigos 69 e 72 da Lei Distrital nº 4.567/2011 – que dispõe sobre o processo administrativo fiscal no âmbito do Distrito Federal –, o ato coator, em casos tais, não é o da autoridade cuja decisão sofreu objeto de recurso administrativo (Subsecretário da Receita), mas sim o próprio acórdão do órgão incumbido de julgar tal irresignação (TARF), haja vista que a decisão colegiada deste último substitui, para todos os fins, a decisão emanada pelo agente singular.

A propósito, colhem-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO

TRIBUTÁRIA. DECISÃO ADMINISTRATIVA PROFERIDA PELO TARF. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. O Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal não tem legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que trata de isenção fiscal de IPVA para portadores de deficiência física, uma vez que suas atribuições são limitadas à emissão de comandos gerais e abstratos (art. 105 da LODF).

2. À administração tributária incumbe as funções de lançamento, fiscalização e arrecadação dos tributos de competência do Distrito Federal e o julgamento administrativo dos processos fiscais, os quais serão exercidos, privativamente, por integrantes da carreira de auditoria tributária (art. 31 da LODF).

3. A Lei Distrital nº 4.567/2011, que trata do processo administrativo-fiscal no âmbito do DF, estabelece a competência do TARF para decidir processos de reconhecimento de benefícios fiscais em segunda instância (art. 69).

4. Apelação conhecida e desprovida.” (Acórdão n. 1034685, 20160111277005APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/07/2017, Publicado no DJE: 02/08/2017. Pág.: 644-653).

“APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO RECURSAL CARACTERIZADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA VERIFICADA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA NÃO CONFIGURADA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA CABÍVEL.

1. É vedada a apreciação de argumentos não aduzidos em momento oportuno por caracterizar inovação recursal, sob pena de violar o contraditório e a ampla defesa ao caracterizar supressão de instância.

2. Deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva de autoridade apontada como coatora, quando esta não detém mais atribuição para adotar as providências pendentes a desfazer o ato combatido, uma vez que a controvérsia foi julgada definitivamente, na seara administrativa, pelo TARF.

3. Ante a necessidade de dilação probatória para comprovação do direito invocado, sendo incompatível com o rito célere e restrito do mandado de segurança, resta evidenciada a inadequação da via eleita pelo impetrante, ora apelante, o que não o impede, por outro lado, de recorrer às vias ordinárias para tanto.

4. Apelação conhecida e não provida.” (Acórdão n. 1064928, 20160110843464APC, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/11/2017, Publicado no DJE: 13/12/2017. Pág.: 215/223).

Demais disso, é de se ressaltar que, em sendo o acórdão do Tribunal Fiscal o ato coator, correta também é a indicação do Presidente dessa Corte Administrativa como autoridade coatora.

Vale destacar, quanto ao ponto, que o Presidente não está a figurar no polo passivo da demanda em razão da sua pessoa individualizada, mas sim porque, em tal condição, está a representar todo o colegiado que confeccionou o acórdão, em tese, ilegal.

Nesse sentido, aliás, posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PENA DE CENSURA A MAGISTRADO. ATO DE ÓRGÃO COLEGIADO. INDICAÇÃO DO SEU PRESIDENTE PARA PRESTAR INFORMAÇÕES. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO IMPRÓPRIO.

1. Em mandado de segurança, o prazo para a manifestação do Ministério Público como custos legis (art. 12 da Lei 12.016/098) não tem a mesma natureza dos prazos das partes, denominados próprios, cujo descumprimento acarreta a preclusão (art. 183 do CPC). Trata-se de prazo que, embora improrrogável, é impróprio, semelhante aos do juiz e seus auxiliares, a significar que a extemporaneidade da apresentação do parecer não o invalida, nem inibe o julgamento da demanda.

2. Em se tratando de órgãos colegiados, o seu Presidente, além de responder por atos de sua competência própria (oportunidade em que se manifestará, se for o caso, como agente individual), tem também a representação externa do próprio órgão que preside. Assim, quando o mandado de segurança visa a atacar ato praticado pelo colegiado, o Presidente é chamado a falar, não como agente individual, mas em nome e em representação da instituição.

3. Recurso provido.” (RMS 32.880/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 26/09/2011; destacou-se).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO SUPERIOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUTORIDADE COATORA. PRESIDENTE DO ÓRGÃO COLEGIADO.

1. O Presidente do órgão colegiado, por ser representante externo do órgão que preside, tem legitimidade passiva para responder em juízo pelas decisões do órgão colegiado.

2. ‘Em se tratando de órgãos colegiados, o seu Presidente, além de responder por atos de sua competência própria (oportunidade em que se manifestará, se for o caso, como agente individual), tem também a representação externa do próprio órgão que preside. Assim, quando o mandado de segurança visa a atacar ato praticado pelo colegiado, o Presidente é chamado a falar, não como agente individual, mas em nome e em representação da instituição’ (RMS 32880/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 26/09/2011).

3. Recurso ordinário provido.” (RMS 40.367/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013).

No mesmo trilhar, o Conselho Especial desta Corte Distrital já decidiu. Confira-se:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TABELIÃO. PERDA DA DELEGAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO TJDF. ALEGADA NULIDADE DE INTIMAÇÃO DO INDICIADO E DE SEUS ADVOGADOS PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- A equivocada indicação do próprio Conselho Administrativo, como autoridade coatora no mandado de segurança, não conduz à prematura extinção do feito, quando o presidente daquele órgão colegiado, ao prestar as respectivas informações, assume a competente defesa do ato impugnado, afirmando sua legitimidade passiva.

- Não padece de nulidade a sessão de julgamento de procedimento administrativo disciplinar, realizado por órgão colegiado, quando a intimação de um dos advogados do indiciado ocorreu mediante comunicação telefônica realizada previamente, quatro dias antes do julgamento, o que constou de certidão firmada por oficial de justiça. Cediço não estar o processo administrativo adstrito às mesmas formalidades do processo judicial, exceto quanto àquelas previstas em lei, havendo, na hipótese, inequívoca e regular intimação pessoal do indiciado, que após sua ciência no respectivo mandado.” (Acórdão n. 225805, 20030020094554MSG, Relator: DÁCIO VIEIRA CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 14/06/2005, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 18/10/2005. Pág.: 113; frisou-se).

À luz do exposto, não há que se falar em ilegitimidade passiva no caso vertente, uma vez que a opção processual eleita pela Impetrante encontra respaldo na jurisprudência consolidada tanto da Corte Cidadã como também deste Tribunal de Justiça.

Assim, **rejeito a preliminar** .

Passo, pois, à análise da questão de mérito subjacente.

O cerne da matéria controvertida consiste em saber se a Empresa Impetrante possui o direito líquido e certo ao recadastramento no regime de apuração definido no artigo 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997 – que regulamenta o ICMS no âmbito do Distrito Federal.

A Impetrante/Apelada (Bonasa Alimentos S/A), em resumo, afirmou ter direito ao regime de apuração especial de ICMS, em razão da ocorrência de incorporação de sociedade empresária outrora beneficiária de tal benefício fiscal *lato sensu* (Asa Alimentos Ltda) Alicerçou sua pretensão no artigo 227 da Lei nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades por Ações – e no artigo 1.118 do Código Civil.

O Distrito Federal, por sua vez, asseverou a impossibilidade de automática extensão de regime especial de apuração de ICMS pelo tão só fato de ter havido incorporação societária, haja vista ser imprescindível a demonstração, por parte da empresa incorporadora, de que esta também preenche os requisitos legalmente estabelecidos para tanto.

Em sentença, o MM Juiz de primeiro grau concedeu a segurança pretendida com base nos seguintes fundamentos:

“Procedo ao julgamento conforme o estado do processo, nos moldes do artigo 354 do CPC, tendo em vista que a questão de mérito ora deduzida, a despeito de se tratar de matéria de direito e de fato, prescinde da produção de outras provas, senão as já carreadas aos autos, o que atrai a normatividade do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

No mais, o Juiz, como destinatário final das provas, tem o dever de apreciá-las independentemente do sujeito que as tiver promovido, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento consoante disposição do artigo 371 do CPC, ficando incumbido de indeferir as provas inúteis ou protelatórias consoante dicção do artigo 370, parágrafo único, do mesmo diploma normativo.

A sua efetiva realização não configura cerceamento de defesa, não sendo faculdade do Magistrado,

e sim dever, a corroborar com o princípio constitucional da razoável duração do processo – artigo 5º, inciso LXXVIII da CF c/c artigos 1º e 4º do NCPC.

Antes de descer às minudências do caso concreto, indefiro, por ordem de prejudicialidade, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela autoridade coatora. Isto porque, conforme já decidiu o e. TJDF, 'em sede de mandado de segurança deve figurar no polo passivo a autoridade que deu causa a lesão jurídica ou que detenha atribuição para adotar as providências pendentes a desfazer o ato combatido' (20090020044093MSG, Relator: HAYDEVALDA SAMPAIO CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 04/08/2009, Publicado no DJE: 26/08/2009. Pág.: 22).

In casu, como o ato apontado como coator foi praticado, em última análise, pelo Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal – TARF, afigura-se, este, legitimado a figurar no polo passivo do presente mandamus.

Inexistindo questões prefaciais ou prejudiciais pendentes de apreciação, e presentes os pressupostos e as condições indispensáveis ao exercício do direito de ação, avanço ao exame do cerne da questão submetida ao descortino jurisdicional.

Com efeito, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 52, LXIX e LXX c/c Lei 12.016/2009, art. 12).

No caso dos autos, colhe-se que a discussão travada cinge-se em examinar a legalidade da decisão proferida pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, que negou provimento ao recurso voluntário contra a decisão da Subsecretaria da Receita, que havia indeferido o pedido de recadastramento da empresa incorporadora (Bonasa Alimentos S.A.) ao regime especial previsto no art. 320-D do Decreto no 18.955/97 (RICMS/DF), o qual a empresa incorporada (Asa Alimentos Ltda) vinha fruindo desde 2003.

Da leitura das informações prestadas, bem como do voto condutor da decisão impugnada, é possível concluir que o único ponto em que se basearam para o indeferimento do pleito, assenta seus fundamentos no art. 1.118 do Código Civil, segundo o qual: 'Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio'. Concluíram, neste sentido, que com a 'incorporação' havida, teria ocorrido a extinção da pessoa jurídica cadastrada e, desta forma, sua habilitação não poderia se 'transferir automaticamente a incorporadora'.

Note-se que não há controvérsia, sequer na esfera administrativa, quanto ao preenchimento dos requisitos constantes no art. 320-D do RICMS/DF, tanto pela empresa incorporada (Asa Alimentos Ltda.), como pela empresa incorporadora, ora impetrante. O ponto de divergência reside tão somente na resistência em se reconhecer a 'incorporação' havida, como fonte automática de transferência da posição jurídica que a empresa incorporada ocupava, em especial quanto a forma de tributação pelo regime especial previsto no art. 320-D do Decreto no 18.955/97 (RICMS/DF), para a empresa incorporadora.

Nesse passo, e diante do cenário apontado, tenho que o pleito autoral há de ser acolhido.

Conforme se verifica dos autos, no dia 30/04/2014 a empresa Asa Alimentos Ltda foi incorporada pela empresa Asa Norte Alimentos S/A, e logo em seguida houve alteração da denominação da empresa incorporadora, passando a ser denominada BONASA ALIMENTOS S.A. Observa-se que a operação de incorporação promoveu-se apenas para unificar e simplificar a estrutura jurídica das empresas, sendo que as mesmas atividades econômicas, anteriormente realizadas pelos

estabelecimentos da sociedade incorporada, localizados no DF e Região, tiveram continuidade nas mesmas unidades agroindustriais, permanecendo, assim, recolhendo o ICMS no mesmo Regime Especial aplicado à sociedade incorporada, ou seja, na forma prevista no art. 320-D do Decreto no 18.955/97 (RICMS/DF).

De fato, a despeito da negativa apresentada, bem como do que dispõe o art. 1.118 do Código Civil, fato é que, havendo a incorporação de uma ou mais sociedades, a sociedade incorporadora, sucede as sociedades incorporadas 'em todos os direitos e obrigações', incluindo, aí, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, as obrigações tributárias, em todos os seus aspectos.

Neste sentido, dispõe o art. 227 da Lei das Sociedades Ações (Lei nº 6.404/76):

'Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações'.

Mas não é só. Conforme este Juízo já havia ponderado quando da análise do pedido de liminar, a regulamentação de Regime Especial de Tributação também está sujeita às determinações do Código Tributário Nacional e demais normas de natureza tributária. Tais normas reconhecem a situação de sucessão entre empresas como geradoras de responsabilidade tributária.

Confira-se o que dispõe o artigo 132 do Código Tributário Nacional:

'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.'

Note-se que, se de um lado o Fisco reconhece a sucessão de empresas como geradora de sucessão tributária, de forma lógica e consequencial, tem o dever de reconhecer que as condições implementadas pela empresa sucedida/incorporada devem também ser consideradas como se tivessem sido cumpridas pela empresa sucessora/incorporadora.

Portanto, não é lícito reconhecer, de um lado, a continuidade da empresa para efeitos de cobrar tributos e, de forma antijurídica e contraditória, considerar extinta a empresa incorporada no que se refere à satisfação de obrigações tributárias.

Assim, tendo a impetrante demonstrado se tratar da empresa incorporadora da empresa Asa Alimentos Ltda - beneficiária do regime especial de apuração mensal de ICMS previsto no art. 320-D do Decreto nº 18.955/97 (RICMS/DF) -, não é lícito ao impetrado, com fundamento no art. 1.118 do Código Civil, negar-lhe o enquadramento automático no mesmo regime tributário em que a empresa incorporada se encontrava, desde que mantidos, como no caso, os requisitos de enquadramento previsto na Portaria nº 162, de 23 de agosto de 2016.

Gizadas estas razões, outro caminho não há senão o da procedência do pedido inicial.

E é justamente o faço.”

A sentença, estou convicto, merece ser reformada.

Isso porque o julgado se firmou em premissa equivocada (Doc. Num. 8695036 - Pág. 3, sétimo parágrafo), consistente numa suposta ausência de controvérsia, nas searas administrativa e judicial,

acerca do preenchimento, quer pela empresa incorporada, quer pela incorporadora (Impetrante/Apelada), dos requisitos exigidos no art. 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997.

Para o Magistrado, os limites da lide seriam única e exclusivamente jurídicos, na medida em que a questão fática subjacente seria incontroversa.

Contudo, tal cenário desenhado pela Impetrante/Apelada e encampado pelo Juiz *a quo* – de que as partes estariam concordes acerca do preenchimento dos requisitos necessários ao supra-aludido enquadramento fiscal especial – não resiste a uma acurada análise dos autos, os quais revelam a existência de um ambiente diametralmente oposto ao vislumbrado quando da prolação da sentença.

No acórdão administrativo apontado como ato coator (Doc. Num. 8694956), o TARF deixou claro que, em momento algum, a empresa incorporadora (Impetrante) comprovara fazer jus ao regime especial de que trata o art. 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997.

Naquela oportunidade, o colegiado acordou que a sociedade incorporadora (ora Impetrante), ao tempo da incorporação, não tinha direito ao regime tributário especial. Além disso, o TARF reconheceu que a pessoa jurídica interessada, por ocasião da confecção do requerimento administrativo, optara por não juntar aos autos documentos comprobatórios da condição necessária para usufruir de tal benesse fiscal, quedando-se, tão somente, a argumentar que a incorporação de empresa beneficiária de tal regime lhe garantiria o enquadramento automático no referido regime tributário especial.

Veja-se que a conclusão do TARF se deu no sentido de que, à falta do preenchimento dos necessários requisitos, o pleito administrativo não haveria de vingar, notadamente porque a incorporação empresarial não supre a imprescindível comprovação de que a sociedade postulante (incorporadora) faz, ela mesma, jus ao regime especial de que trata o artigo 320-D do Decreto Distrital nº 18.955/1997.

Nesse contexto, resta forçoso constatar que cai por terra a premissa que dera suporte à integralidade do entendimento veiculado em sentença.

Não houve e nem há concordância das partes, quer na seara administrativa e muito menos nesta via judicial, acerca do preenchimento dos requisitos exigidos para o enquadramento da Impetrante/Apelada em regime de apuração especial de ICMS.

A matéria, pois, é flagrantemente controvertida. Por tal motivo, tenho que a sua adequada solução perpassa pela detida análise envolvendo o ônus probatório que sobre cada uma das partes recaiu (Código de Processo Civil, artigo 373, incisos I e II).

Quanto ao ponto, constato que a Impetrante/Apelada não se desincumbiu do ônus constitutivo do direito por si vindicado. Ora, em nenhuma linha da peça exordial, assim como em nenhum dos documentos que a acompanham, a Impetrante se prestou a demonstrar o atendimento dos requisitos exigíveis para o enquadramento de qualquer sociedade empresária no regime especial de que trata o supramencionado Decreto Distrital nº 18.955/1997.

Do que se infere, forçosamente, que a Impetrante não preenche, ao menos por ora, os pressupostos normativos indispensáveis para o gozo do respectivo benefício fiscal. Tal fato, por si só, inviabiliza o cadastramento empresarial no regime especial de apuração de ICMS, ao tempo em que evidencia a inexistência do almejado direito líquido e certo.

De mais a mais, é importante destacar que toda a celeuma jurídica arquitetada em torno do instituto da incorporação empresarial não passou de uma tentativa – malfadada – de a Impetrante construir uma brecha legal a fim de, por via oblíqua, gozar de benefício de ICMS sem ter de comprovar o preenchimento dos requisitos normativamente exigidos para tanto.

Insta frisar que, ao contrário do quanto alegado pela Impetrante, a Corte Fiscal reconheceu, sim, os efeitos jurídicos da incorporação empresarial. Todavia, entendeu o TARF que tais efeitos, ressalvados

os casos juridicamente já consolidados, não possuiriam o condão de ensejar a automática concessão, com eficácia futura, do benefício fiscal à sociedade incorporadora, exigindo desta o atendimento das exigências legais pertinentes.

Ora, ao assim fazê-lo, o Tribunal Fiscal agiu de forma sensata e juridicamente escoreita. Afinal, não se olvidou que, pela incorporação, a sociedade incorporadora assume, de fato, os direitos e as obrigações havidos até então pela incorporada; tanto é assim que, não por outro motivo, reconheceu-se que os tributos provenientes de fatos geradores realizados pela sociedade incorporada – cuja responsabilidade tributária restara assumida pela incorporadora – continuariam a obedecer ao regime especial de apuração a que então fazia jus a incorporada.

O que não se fez, para o dissabor da parte ora Impetrante, foi embarcar na aventura jurídica por ela intentada, na medida em que, com razão, negou-se que a incorporação ensejasse efeito também para fatos geradores futuros; isto é, praticados já em nome da sociedade incorporadora.

Com isso, evitou-se, acertadamente, a concessão de benefício fiscal para pessoa jurídica diversa, mediante dispensa de comprovação dos requisitos legais pertinentes.

A solução administrativamente empregada ao caso é irreparável e está longe de ser considerada abusiva ou ilegal, tendo em vista que não se distanciou do que dispõem os arts. 227 da Lei n. 6.404/1976 e 1.118 do Código Civil. Pelo contrário, o que se fez foi interpretá-los de forma responsável, de modo a evitar situações teratológicas, como, por exemplo, aquela com maestria citada nas razões recursais do Distrito Federal, segundo a qual, a prevalecer a argumentação aventureira da Impetrante, uma empresa multinacional, de considerável porte e fortíssima capacidade econômico-financeira, ao incorporar uma microempresa inscrita no Simples Nacional, teria automaticamente o direito líquido e certo a inscrever-se em tal programa de beneficiamento tributário, independentemente da comprovação de quaisquer requisitos legais – situação essa tão absurda que, por obviedade palmar, não se pode admitir.

Portanto, à vista dos verdadeiros contornos fáticos subjacentes aos autos, somado ao não preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 320-D do Decreto Distrital n. 18.955/1997 e aliado ao fato de que a incorporação empresarial não possui o condão de dispensar a sociedade incorporadora de demonstrar fazer, ela própria, jus ao tão almejado benefício fiscal, faz-se forçoso concluir pela ausência do direito líquido e certo invocado pela parte Impetrante, assim como pela inexistência de ilegalidade no acórdão administrativo do TARF.

A reforma da sentença, pois, é medida de rigor.

Com essas considerações, **dou provimento** à Remessa Oficial e à Apelação Cível interposta pelo Distrito Federal, para, reformando a sentença, **denegar a segurança** pleiteada.

Em razão da inversão dos ônus sucumbenciais, condeno a Impetrante/Apelada ao pagamento das custas processuais.

Sem honorários advocatícios (Lei nº 12.016/2012, art. 25).

É como voto .

O Senhor Desembargador JOSAPHÁ FRANCISCO DOS SANTOS - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER DO RECURSO. RECEBER A REMESSA. REJEITAR PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO A AMBOS. UNÂNIME.