

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0026/11-6
RECORRENTE - AVIPAL NORDESTE S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0033-05/12
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 10/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0212-11/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JF – Junta de Julgamento Fiscal datada de 26.01.2012 (Acórdão nº 0033-05/12) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/10/2011, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 16.536,80, em decorrência de esta ter dado entrada de mercadorias tributadas em seu estabelecimento sem proceder aos correspondentes registros na escrituração fiscal. A exigência fiscal foi assim descrita no Auto de Infração:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 – EXERCÍCIO DE 2007- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente ao mês de novembro, com Base de Cálculo de R\$ 156.864,00 e multa de 10% no valor total de R\$ 15.686,40. EXERCÍCIO 2008 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente ao mês de abril, com Base de Cálculo de R\$ 8.504,00 e multa de 10% no valor total de R\$ 850,40.

Em suas razões de defesa o ora recorrente não negou o cometimento da infração, se insurgindo tão somente quanto à responsabilidade legal que lhe está sendo imputada na qualidade de sucessora por incorporação da empresa autuada, sendo este o único aspecto controvertido da lide.

Na oportunidade, argumentou que em conformidade com o quanto disposto nos artigos 132 e 133 da Lei nº 5172/66 – Código Tributário Nacional – CTN, não pode ser compelida ao pagamento de penalidade pecuniária cominada em razão do cometimento de infrações por parte da empresa sucedida, notadamente porque o respectivo lançamento de ofício ocorreu em data posterior ao evento de incorporação que, no presente caso, se deu em 31.03.2010.

Com o objetivo de corroborar a tese defendida, trouxe à colação ementas de acórdãos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e, em especial, trechos da ementa e voto integrantes do acórdão da lavra da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prolatado em 09-06-2010, nos autos Recurso Especial de nº 923.012 – MG, representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Na assentada de julgamento ocorrida em 26.01.2012 (Decisão de fls. 479 a 84), a 5ª JF entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração. Após transcrever a íntegra do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, relator do RESP 923.012 – MG mencionado no parágrafo precedente, o ilustre Relator assim proferiu seu voto, que foi acompanhado pelos demais membros da JF.

Pela leitura, acima se constata que o Ministro Luis Fux negou provimento ao Recurso Especial, cujo recorrente é a COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS, mantendo a Decisão de Primeira Instância e também a do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em favor do reconhecimento de que a legislação do Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de tributos e multas pecuniárias por infração à legislação de ICMS, ainda que o lançamento tenha ocorrido em momento posterior à incorporação de uma empresa por outra.

Assim, concluo que o teor da Decisão que o próprio impugnante trouxe à lide faz prova contra a sua linha de argumentação, ficando fartamente demonstrado no próprio Recurso analisado, que o mesmo se pautou em diversos Recursos precedentes e todos com o mesmo resultado, sustentando posição favorável à pretensão do fisco. A citação do excerto de autoria do Professor Sacha Calmon, em favor da tese do impugnante, em nada alterou o entendimento do Ministro Luis Fux, fartamente avalizado por decisões precedentes no sentido de negar provimento àquele Recurso. Quanto à Decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, no Acórdão nº 103-20.882, que acatou a posição defendida por parte da doutrina, devo esclarecer, com a devida venia, que a Conselheira, Dra. Mary Elbe Gomes Queiroz, é uma notável advogada e doutrinadora tributarista, presidente do Instituto Pernambucano de Estudos Tributários – IPET, e que à época, sendo membro do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, fez valer a sua posição doutrinária, que assim como a do também renomado jurista Sacha Calmon, não tem encontrado acolhida entre os magistrados de todas as instâncias judiciais, como foi o caso do Recurso Especial em apreço, que manteve o Acórdão do TJ de Minas Gerais, que por sua vez também manteve a sentença de primeiro grau.

Há de se considerar também, que no cadastro da Secretaria da Fazenda, à época do lançamento tributário, a inscrição estadual do autuado ainda se reportava à empresa incorporada (Avipal), por não haver comunicação e alteração da incorporação no cadastro da SEFAZ, tanto é assim, que o Auto de Infração está lavrado em sistema informatizado em nome da Avipal e não em nome da BRF – BRASIL FOODS. Assim, foi lançada a multa contra a empresa incorporada e não contra a incorporadora.

Por todo o exposto, considero que o autuante agiu estritamente em cumprimento à legislação vigente no Estado da Bahia, assim como, também, lastreado nos dispositivos que voga no Código Tributário Nacional, que estão já interpretados por reiteradas decisões do STJ, razão pela qual, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário de fls. 95 a 101, através do qual se insurge contra a Decisão da JJF, argumentando, em apertadas síntese, que embora a Primeira Seção do STF tenha negado provimento ao RESP interposto pelo recorrente daqueles autos, tanto o conteúdo do acórdão por ela prolatado quanto o dos demais que lhe serviram de precedentes, corroboram a sua tese.

Isto porque, no seu entendimento, se adequadamente interpretada a Decisão da Corte Superior chegar-se-á à conclusão no sentido de que *a sucessão das multas pelas incorporadoras pressupõe sua incorporação PRÉVIA ao patrimônio da incorporada*, vale dizer: só podem ser exigidas da empresa sucessora as multas porventura lançadas até a data da ocorrência da incorporação, pois nesta hipótese o valor correspondente à penalidade já compõe o passivo da empresa sucedida.

Aduz adicionalmente que a desatualização do cadastro junto à SEFAZ não tem o condão de transferir para terceiros a responsabilidade da multa eventualmente devida pela sociedade extinta, uma vez que o instituto da responsabilidade tributária é matéria sujeita ao princípio da reserva legal e, no presente caso, inexistente previsão legal neste sentido.

Instada a se manifestar, a Procuradoria do Estado opina pelo improvimento do Recurso Voluntário às fls. 105 a 108, expressando seu entendimento no sentido de que: **(a)** a teor do quanto previsto nos artigos 132 e 133 do CTN, a empresa sucessora assume toda e *qualquer dívida da sucedida consolidada no momento da incorporação*, dentre as quais estão incluídas as multas cominadas em decorrência de ilícitos administrativos, como se verifica nos presentes autos e **(b)** as sanções não transmissíveis às empresas sucessoras por incorporação, em relação às quais se aplica a teoria da personalidade e não transcendência da pena são aquelas cominadas em razão da prática de ilícitos penais tributários.

VOTO

O Recurso é tempestivo, não houve arguição de preliminares prejudiciais, pelo que passo a apreciação quanto ao mérito.

Da análise dos autos constata-se com a devida clareza que a matéria objeto de controvérsia é exclusivamente de direito.

Trata-se de conferir a adequada interpretação às disposições contidas nos artigos 129 a 133 da Lei nº 5172/66 – CTN, a fim de concluir acerca da possibilidade de o Estado exigir das empresas sucessoras por incorporação – como é o caso do recorrente – valores correspondentes à penalidade pecuniária cominada à empresa sucedida em razão do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, cujo lançamento se deu em momento posterior ao evento de incorporação.

Esta matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho de Fazenda no sentido da legalidade da cobrança (ACJF nº 0328-12/12 2ª, ACJF 0349-11/11, dentre outros).

No Judiciário a questão também restou pacificada a partir do julgamento dos EDCL no Recurso Especial nº 923.012 – MG (2007/0031498-0), pela da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual foi publicado no Diário Oficial de 20/04/2013.

Naquela assentada de julgamento assim decidiu a Corte Superior em sede Recurso representativo de controvérsia de que trata o artigo 543 C do Código do Processo Civil.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 923.012 - MG (2007/0031498-0)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS

ADVOGADO: FERNANDO LOESER E OUTRO(S)

EMBARGADO: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: MAURÍCIO BHERING ANDRADE E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS (INCORPORAÇÃO). ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. EXCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO DESDE QUE INCONDICIONAL. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1a. SEÇÃO, NO RESP.1.111.156/SP, REL .MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 22.10.2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ASSERTIVA DO ACÓRDÃO RECORRIDO DE QUE NÃO FICOU COMPROVADA ESSA INCONDICIONALIDADE, NA HIPÓTESE DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o Recurso de embargos de declaração, desafiado contra Decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a Decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o Recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido. Não se pode negligenciar ou desconsiderar a necessidade da observância rigorosa desses chamados pressupostos processuais, muito menos usar o Recurso como forma de reversão pura e simples da conclusão do julgado.

2. As omissões e contradições apontadas, em verdade, não ocorreram; o que se constata é que o contribuinte pretende reverter o resultado do julgamento, tentando fazer prevalecer seu ponto de vista sobre os temas discutidos.

3. Quanto ao pedido de exclusão da base de cálculo do ICMS das mercadorias dadas em bonificação, restou assentado pelo acórdão recorrido, consoante trecho transcrito no aresto ora embargado, que somente os descontos incondicionais estão livres de integrar a base de cálculo do imposto, e que a empresa não fez qualquer prova de que as bonificações concedidas foram dadas dessa forma, ou seja, sem vinculação a qualquer tipo de condição; esse entendimento não diverge daquele assentado em inúmeros julgados desta Corte.

4. Tanto o tributo quanto as multas a ele associadas pelo descumprimento da obrigação principal fazem parte do patrimônio (direitos e obrigações) da empresa incorporada que se transfere ao incorporador, de modo que

não pode ser cingida a sua cobrança, até porque a sociedade incorporada deixa de ostentar personalidade jurídica.

5. O que importa é a identificação do momento da ocorrência do fato gerador, que faz surgir a obrigação tributária, e do ato ou fato originador da sucessão, sendo desinfluyente, como restou assentado no aresto embargado, que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa. (grifos meu)

6. Embargos Declaratórios rejeitados

Importante observar ainda o seguinte trecho do Voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator dos Embargos.

4. Quanto à responsabilidade do sucessor pelas multas (moratórias ou punitivas), observe-se que o ordenamento jurídico tributário admite o chamamento de terceiros para arcar com o pagamento do crédito tributário, na forma dos arts. 128 e seguintes do CTN, sendo expresso o art. 132 do CTN ao dispor:

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 a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

5. Ora, a incorporação, nos termos da legislação pátria (art. 227da Lei 6.404/76 e art. 1.116 do CC/02) é a absorção de uma ou várias sociedades por outra ou outras, com a extinção da sociedade incorporada, que transfere integralmente todos os seus direitos e obrigações para a incorporadora.

6. Entende-se que tanto o tributo quanto as multas a ele associadas pelo descumprimento da obrigação principal fazem parte do patrimônio do contribuinte incorporado que se transfere ao incorporador, de que modo que não pode ser cingida a sua cobrança, até porque a sociedade incorporada deixa de ostentar personalidade jurídica.

7. Por fim, o art. 129 do CTN estabelece que a transferência da responsabilidade por sucessão aplica-se, por igual, aos créditos tributários já 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.

8. O que importa, portanto, é a identificação do momento da ocorrência do fato gerador, que faz surgir a obrigação tributária, e do ato ou fato originador da sucessão, sendo desinfluyente, como restou assentado no aresto embargado, que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa.

Da análise dos excertos acima reproduzidos é possível extrair duas conclusões que aproveitam ao deslinde do presente feito, quais sejam: **(i)** que a assertiva do recorrente, em que se baseou a sua peça recursal, não tem procedência, uma vez que a Decisão proferida nos embargos declaratórios ora trazidos à colação encerrou a possibilidade de surgimento de quaisquer dúvidas acerca do posicionamento da Corte Superior e **(ii)** que a interpretação a ser conferida ao quanto disposto nos artigos 129 a 133 do CTN é no sentido de que a sucessão das empresas que recebem o acervo patrimonial de outras em decorrência de eventos de fusão, cisão ou incorporação abrange tanto a obrigação relativa ao tributo, quanto às concernentes às multas, moratórias ou punitivas, independentemente do momento em que se verificar a constituição do crédito.

Ademais, em que pese assistir razão ao recorrente quando afirma que a desatualização cadastral que ensejou a lavratura do Auto de Infração contra a empresa sucedida, quando ela já havia sido extinta em razão da incorporação, não tem o condão de transferir a responsabilidade para a empresa sucessora, nos presentes autos este fato não teve qualquer relevância para fins de atribuição da responsabilidade a que se refere o artigo 132 do CTN. Até mesmo porque, como sabido, cabe ao contribuinte manter atualizados os seus dados cadastrais à SEFAZ.

Ante ao até aqui exposto, filio-me ao posicionamento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, bem assim ao da jurisprudência já assentada neste Órgão de Julgamento para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente os termos da Decisão de Primeira Instância que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298958.0026/11-6**, lavrado contra **AVIPAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.536,80**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS