

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0007/13-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ESPLANADA BRASIL S.A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0057-01/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0211-12/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. O fato gerador da obrigação tributária é um fato concreto que provoca o nascimento da obrigação de pagar um determinado tributo e não sua organização societária. As operações exigidas do autuado foram praticadas, com recolhimento do respectivo ICMS, pelo contribuinte sucedido. Infração descaracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. LIVROS FISCAIS. a) DESENCONTRO VALOR RECOLHIDO E ESCRITURADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. As razões defensivas são parcialmente acatadas e reduzida a exigência. Infração em parte subsistente. b) DESENCONTRO ENTRE O REGISTRO DE ENTRADA E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. O valor exigido encontra-se corretamente escriturado nos livros fiscais, em nome do contribuinte de direito e responsável tributário, DEIB OTOCH S/A. Infração descaracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto nos termos do art. 169, I, do RPAF em vista do julgamento de Primeira Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 0606240007139, que imputou ao contribuinte o cometimento de três infrações quais sejam:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menos ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menos ICMS em decorrência da divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS

Em sua Impugnação de fls. 123/137 o sujeito passivo, em apertada síntese, alega que em relação às **infrações 1 e 3** fora fruto de confusão realizada pelo auditor fiscal que não compreendeu a operação societária que resultou na sucessão das operações que realizou com a empresa Deib Otoch S.A, detentora das Lojas Esplanadas – pessoa jurídica a que se imputa as infrações em tela.. Deste modo, disse que os valores cobrados na infração 1 foram pagos pela Dieb e as mercadorias relacionadas à infração 3 foram todas escrituradas corretamente também pela empresa Dieb. Junto inúmeros documentos para comprovar os pagamentos e as escriturações corretas. No que diz respeito à **infração 2** confessa que, de fato, ocorreram equívocos que passou a justificar, alegando que houve estorno dos débitos nos meses 03 e 04 de 2010; e diz que no respeitante ao mês 05 de 2010 que o valor foi corretamente recolhido; por fim, confessa o pagamento a menor no mês de 07/2010.

Seguindo seu regular tramite, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado nas 03 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão o objeto da apreciação nas linhas procedentes. Preliminarmente, nos

termos do art. 147, I, RPAF/BA, fica indeferido o pedido para a realização de perícia sobre a documentação fiscal do contribuinte, a fim de demonstrar que a DEIB OTOCH S.A. realizou todas operações imputadas à Esplanada, posto que tais exames podem ser feitos a partir dos documentos já acostados aos autos, sendo suficientes para o convencimento do relator. No mérito, a infração 1 acusa o autuado de recolher ICMS a menor em face às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no período janeiro 2010 e no valor de R\$ 98.350,93. Contesta o sujeito passivo que a infração foi fruto da confusão da Auditora Fiscal, que não compreendeu a operação societária que resultou na sucessão empresarial da DEIB OTOCH S.A, cujas atividades, nesse Estado da Bahia, se estendeu até o mês 01/2010, explicando que o ICMS da infração 01 foi devidamente pago pela empresa sucedida, acostando aos autos as provas necessárias. Consta que o GRUPO DEIB OTOCH é um conglomerado empresarial com Matriz em Fortaleza, detentor das marcas LOJAS ESPLANADA; passou por diversas modificações societárias, resultando na mudança para GRUPO ESPLANADA BRASIL que possui diversas lojas espalhadas pelo país. A Decisão do GRUPO OTOCH de encerrar as atividades varejistas foi em função de mercado e da concorrência. A negociação das lojas foi feita de forma fragmentada, depois de frustrada a ideia de vender a empresa como um todo, conforme explica um diretor da empresa. Hoje, o GRUPO ESPLANADA BRASIL atua no varejo, formado pelas Lojas Esplanada, Lojas Express e Lojas OTOCH, possuindo 41 lojas localizadas em todo Nordeste, Belém e Distrito Federal. Examinando as peças do PAF – processo administrativo fiscal, observo que o valor exigido do autuado, ESPLANADA BRASIL S/A LOJAS DE DEPARTAMENTO, em janeiro de 2010, consta do somatório dos créditos fiscais, registrado no livro de Apuração de ICMS, constatado através do sistema de fiscalização SAFA, totalizando R\$ 107.125,85, fl. 11. Em confronto com o somatório da saída e débito do imposto, apurado através do mesmo sistema SAFA, que totalizou R\$ 205.476,78, fl. 12, implicando R\$ 98.350,93, fl. 13. Na realidade, as operações retro mencionadas, consignadas pela Auditora Fiscal, constam do livro Registro de Apuração do Imposto, anexados aos autos, fls. 181/182 (R\$ 205.476,87 e R\$ 107.125,85, débito e crédito, respectivamente). Tais operações culminaram com a apuração e recolhimento de R\$ 51.240,80 (fl. 184), em face do crédito proveniente do pagamento anterior do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 47.206,99, cujas operações estão em nome da DEIB OTOCH, unidade sucedida, para o surgimento do estabelecimento ESPLANADA BRASIL S/A LOJAS DE DEPARTAMENTO, que foi indevidamente autuado. Isto, porque a responsabilidade tributária das operações havidas em janeiro de 2010 era, de fato, da DEIB OTOCH S.A., que realizou as operações imputadas, equivocadamente, à ESPLANADA. Nessa quadra, cabível repisar que as regras sobre responsabilidade tributária dos sucessores, mais precisamente aquela decorrente de operações societárias, encontram-se encartadas no Código Tributário Nacional. Estabelece o art. 132 que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. Por "tributos devidos até a data do ato" entende-se todos os tributos, cujo fato gerador tenha ocorrido até a data da operação societária (art. 129). Vale ainda sublinhar que a figura da cisão não está expressamente elencada no rol do art. 132, porque à época da elaboração do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66), não se conhecia a figura da cisão, somente introduzida no ordenamento pela Lei nº 6.404/76. Entretanto, como o faz a doutrina e jurisprudência pátria, a cisão deverá ser incluída dentre as hipóteses de responsabilidade tributária em caso de operações societárias. Em suma, com a extinção da sociedade incorporada, dá-se a absorção universal de seu patrimônio pela incorporadora, que passa a responder por todos os direitos e obrigações daquela, inclusive perante o Fisco.

Diante de tais pressupostos, o direito não assiste à pretensão da Auditora Fiscal. No caso, a empresa foi organizada em ata de assembleia geral de 01 de setembro de 2008 (fl. 170/172), sendo constituída de fato, “habilitada”, contudo, somente em 24.02.2010, conforme consta do documento de fl. 162 e no Portal “situação cadastral”, em consulta na Inspeção Eletrônica da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Data vênua, não se pode validar a informação fiscal de que “se alguns recolhimentos foram feitos pela DEIB OTOCH, que seja reclamado o ressarcimento e que, cadastrado em 22.12.2009, o autuado tornou-se apto e deve responder pelas obrigações, direitos e recolhimento dos impostos”. O fato gerador da obrigação tributária nasce da situação real definida previamente em lei, necessariamente e suficiente à sua ocorrência, ou seja, é um fato concreto que provoca o nascimento da obrigação de pagar um determinado tributo. As operações exigidas do autuado foram praticadas – cujo respectivo ICMS foi recolhido – por outro contribuinte.

Posto isso, a Infração 01 resta descaracterizada.

A infração 02 exige o recolhimento feito a menor do ICMS em decorrência de desconhecimento entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos períodos de março/junho e julho 2010, no valor de R\$13.208,24. Após as considerações de estilo, a autuante, durante a Informação Fiscal, promoveu os ajustes questionados na defesa, reduzindo a exigência para R\$ 31,00, conforme demonstrativo de fl. 244, assim também entendido pelo contribuinte autuado. Acato por pertinente a redução da exigência de R\$13.208,24 para R\$ 31,00. Infração em parte subsistente. Por fim, na infração 03, a exigência igualmente de recolhimento do ICMS a menos, tendo em vista a divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, em janeiro 2010, no valor de R\$107.125,86. A divergência identificada pela Auditora teria origem nos valores lançados no livro Registro de Entradas e aqueles escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Os demonstrativos que servem à exigência foram consignados através do sistema de fiscalização SAFA (fls. 10, 11 e 245), não obstante cópias dos livros fiscais

do autuado, acostados aos autos, fls. 47/86, registrem as operações de fevereiro 2010. Incide a Fiscal no mesmo equivoco apontado na infração 01, em face às questões de responsabilidade tributária narradas anteriormente, não observadas. Os valores que formaram o crédito pretendido pela fiscalização encontram-se corretamente escriturados no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, fls. 186/214 e no livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 181/182, em nome do contribuinte de direito e responsável tributário, DEIB OTOCH S/A. Posto isso, a Infração 03 resta igualmente descaracterizada. O presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 31,00

Desta Decisão, em vista da desoneração, houve interposição de Recurso de Ofício, nos ditames do art. 169,I do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 0606240007139. A 1ª JJF julgou improcedente as infrações 1 e 3 e parcialmente procedente a infração 2. Ao meu sentir, a Decisão de piso é correta e merece ser mantida.

As infrações 1 e 3 são similares pois para julgamento de ambas deve-se analisar a responsabilidade tributária em caso de sucessão, nos termos do art. 132 e 133 do Código Tributário Nacional. De fato, o contribuinte comprovou à sociedade as operações societárias a que foi submetida, conforme contrato social, sistema SAFA e livros juntados com a defesa apresentada. Na verdade, corretamente se infere dos livros contábeis colacionados aos autos que as operações e exação cobrada pelo agente fiscal, de fato, constam do livro de Registro de Apuração do ICMS e devidamente pago todo o valor cobrado no Auto de Infração combatido. Neste sentido, entendo que a Decisão que julgou improcedente a infração 1 e 3 deve ser mantida em sua íntegra.

De igual forma, correta a Decisão da Junta em relação à infração 2. Após prestar as pertinentes Informações Fiscais o agente autuante acatou as alegações do contribuinte e acolheu seus argumentos, mantendo intacta apenas a parte da infração confessada pelo contribuinte. Assim, cotejando-se a documentação com os argumentos, foi correta a desoneração, devendo ser mantida na íntegra a Decisão de piso.

Assim, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter intacta o acórdão exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0007/13-9**, lavrado contra **ESPLANADA BRASIL S.A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS