

PROCESSO - A. I. Nº 269511.3001/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA – MAGAZINE LUIZA S/A.)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0078-01/14
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 02/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0361-11/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A omissão de saída decorreu da falta de escrituração eletrônica do inventário das mercadorias, na data de encerramento das atividades em 30/06/12, cuja empresa incorporadora passou a funcionar no mesmo endereço em 01/07/12. Extinção da sociedade incorporada com absorção do patrimônio pela incorporadora, mediante lançamento de transferência de contas em 02/07/12, que passa a responder por todos os direitos e obrigações daquela, inclusive perante o Fisco. Infração descaracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0078-01/14 (fls. 472/478), interposto pela 1ª JJF em razão da desoneração do valor exigido na infração 3, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 30/09/13 acusa o cometimento de seis infrações, sendo que a infração 3, objeto do Recurso de Ofício, acusa:

Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Consta que se refere ao exercício de 2012, tendo o contribuinte solicitado a baixa de inscrição cadastral, por motivo de incorporação, e encerrado suas atividades em 30/06/2012. O estoque final quando do encerramento das atividades foi considerado zerado, tendo em vista que não houve nem escrituração nem emissão de nota fiscal relacionados ao mesmo. Tudo conforme Demonstrativo de Débito, Relatório de Apuração de Omissão de Saídas e Demonstrativo da Apuração das Omissões (ANEXO 4); e papéis de trabalho do levantamento quantitativo de estoque (Relatório de apuração de omissão de SAÍDAS, Relação de notas fiscais de entrada usadas nas omissões de SAÍDAS, Relação de notas fiscais de saída usadas nas omissões de SAÍDAS, e demais demonstrativos de apuração das omissões, além de relatório do livro Registro de Inventário de 2011, gravados em mídia CD (ANEXO 8), todos anexos ao auto. Valor R\$ 59.122,45. Multa de 100%.

Na Decisão proferida a 1ª JJF esclarece inicialmente que foi apresentado defesa apenas relativo às infrações 3 e 6, tendo em seguida efetuado o pagamento do valor da multa referente à infração 6. Indeferiu o pedido de realização de diligência (art. 147, I, RPAF/BA), por entender que os documentos acostados aos autos eram suficientes para o seu convencimento. Quanto ao mérito, proferiu a seguinte decisão:

A infração 3 acusa o autuado da falta de recolhimento relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem lançamento na escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2012.

Trata-se, na realidade, de um processo inicial de solicitação de baixa de inscrição cadastral, por motivo de encerramento das atividades, em 30/06/2012, do contribuinte autuado, FS VASCONCELOS & CIA LTDA (LOJAS MAIA) e incorporação por MAGAZINE LUIZA S/A.

Nas razões da defesa, o contribuinte discorre uma série de alegações:

Que ao solicitar a baixa da inscrição cadastral, em função do exíguo prazo para consolidação da incorporação, por motivos econômicos e empresariais, enviou os arquivos SINTEGRA/EFD sem o registro 74 (inventário), uma vez que, naquele momento, não tinha ainda os números referentes ao estoque final, consolidados, para envio à SEFAZ.

Esclarece que esta situação gerou o presente lançamento, na medida em que o fiscal considerou a diferença entre os valores do estoque inicial, acrescido das entradas, deduzido das saídas de mercadorias, que seria o estoque final, como omissão de vendas pelo contribuinte, o que, de fato, não ocorreu, já que as mercadorias encontravam-se no estoque da empresa, apenas não constaram no registro de inventário enviado à SEFAZ, pelos motivos já expostos.

Frisa que, diante do ocorrido, apurou o estoque final de mercadorias existentes no momento da solicitação da baixa cadastral para incorporação e enviou a EFD retificadora, contendo o registro de inventário (74), de forma correta, na data de competência do encerramento das suas atividades, em 06/2012; conclui que não houve omissão de saídas de mercadorias, pois que as mesmas se encontravam no estoque final da empresa, no momento da incorporação.

Sinaliza que é de fácil constatação tal fato, sendo impossível que o contribuinte, com uma filial de comércio varejista de diversos tipos de mercadorias, não tivesse sequer 01 unidade em estoque, como mesmo estranhou o fiscal autuante, relatando o fato no corpo do Auto de Infração.

Destaca que o contribuinte deveria ter enviado as informações de estoque final, no momento da incorporação, não o fazendo pela razões já descritas. Aduz, no entanto, que não houve falta de recolhimento do imposto, conforme consta dos autos, eis que as mercadorias se encontravam no estoque da empresa.

Assinala que as mercadorias que se encontravam no estoque final do autuado, no momento da incorporação, foram transferidas ao estoque da incorporadora.

Pondera que o envio das informações incorretas à SEFAZ poderia ser imputada penalidade por descumprimento de obrigação acessória (artigo 42, XVIII, "b", da Lei nº 7.014/1996) e jamais a exigência do imposto.

Em seu tempo, explica o autuante que o estoque final quando do encerramento das atividades foi considerado zerado, tendo em vista que não houve escrituração nem a emissão de nota fiscal correspondente, tudo conforme demonstrativos de débito e de apuração da omissão de saídas, acostados aos autos, às fls. 307/331 (ANEXO 4) e demais documentos, gravados em mídia CD (ANEXO 8), no valor total de R\$ 59.122,45.

Diz ainda que o autuado encerrou suas atividades em 30/06/2012 e a incorporadora passou a funcionar no mesmo endereço, a partir de 01/07/2012. Aduz que se havia estoque final quando do encerramento das atividades, o autuado deveria ter escriturado o inventário, emitido a nota fiscal dando baixa das mercadorias; a legislação considera "saída do estabelecimento" a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento das atividades, conforme preceitua o inciso I do §Iº do Art. 4º da Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS).

Não obstante a correção do procedimento adotado pela fiscalização, visto que a legislação considera "saída do estabelecimento" a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento das atividades (inciso I do §Iº do Art. 4º da Lei nº 7.014/96), o impugnante transferiu as mercadorias para a incorporadora, apesar de não apresentar o documento fiscal de transferência e ter enviado os arquivos SINTEGRA / EFD sem o registro 74 (inventário).

Depois, o presente processo de baixa de inscrição cadastral ocorre numa situação específica de encerramento das atividades de um estabelecimento, pela concomitante incorporação desse mesmo estabelecimento por um outro que manterá a atividade, sem solução de continuidade, no caso, o incorporador MAGAZINE LUIZA S/A.

Nesse sentido, ainda que o arquivo SINTEGRA, contendo as informações do inventário das mercadorias que se transferiu entre os estabelecimentos, que deveria ter sido enviado em julho de 2012, não o fez, somente ocorrendo em 30/10/2013, conforme atestam documentos juntados aos autos, o levantamento e a apuração dos estoques, na data da incorporação, não poderia prescindir dessas informações, sob pena de indicar uma omissão de estoque equivocada, tal como ocorreu.

Importa informar que no curso do processo administrativo tributário devem ser sanados os erros havidos na apuração das omissões nos estoques, em nome do princípio da verdade real ou material, adunando que a Administração Pública, desde que devidamente comprovados, deve ater-se à realidade dos fatos.

Ademais, 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).

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, em relação à infração 03. No caso, a empresa autuado foi incorporada por MAGAZINE LUIZA S/A e encerrou suas atividades em 30/06/2012 e a incorporadora passou a funcionar no mesmo endereço, a partir de 01/07/2012. A omissão de saída apurada decorreu da falta de escrituração eletrônica do inventário das mercadorias, na data da incorporação, posteriormente resolvida, conforme consta dos documentos acostados aos autos. A presente exigência resta descaracterizada.

O presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 72.193,54.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Trata se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, em razão da desoneração de valores exigidos na infração 3, julgada improcedente.

Conforme consta no voto da Decisão recorrida, a infração acusa omissão de saída de mercadorias apurada em levantamento quantitativo de estoque, em “exercício fechado”. Conforme descrito na própria infração, trata-se de apuração da movimentação dos estoques no período de 01/01/12 a 30/06/12, quando o estabelecimento autuado solicitou baixa da inscrição cadastral, em decorrência de incorporação pela empresa Magazine Luiza S. A.

A JJF fundamentou sua Decisão pela improcedência da infração 3, justificando que com a extinção da sociedade incorporada, o seu patrimônio passou para incorporadora, que passa a responder por todos os direitos e obrigações, inclusive perante o Fisco, e que, tendo o estabelecimento autuado encerrado suas atividades em 30/06/12 e sido incorporado pela MAGAZINE LUIZA S/A, que passou a funcionar no mesmo endereço, a partir de 01/07/12, não ocorreu a omissão de saída apurada que decorreu da falta de escrituração eletrônica do inventário das mercadorias, na data da incorporação.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a fiscalização indicou na descrição da infração que a empresa encerrou as atividades em 30/06/12 e que considerou o estoque final zerado, em razão da não escrituração do estoque, nem a emissão de nota fiscal relacionada ao estoque final.

Por sua vez, a empresa juntou cópia do arquivo magnético (fl. 444) no qual indicou a transmissão do arquivo magnético em momento posterior, com indicação dos estoques (Registros 74 e 75).

Também juntou cópia do livro Razão à fl. 445, no qual indica ter feito à transferência de valores das contas das Lojas Maia para a Magazine Luiza S.A (fl. 445).

Pelo exposto, é incontroverso que o estabelecimento autuado encerrou suas atividades em 30/06/12 e no mesmo endereço passou a funcionar a partir do dia 01/07/12, a empresa sucessora Magazine Luiza, cujos estoques de mercadorias foram transferidos mediante encerramento e abertura de contas no dia seguinte (02/07/12), conforme documento acostado à fl. 445.

Como o levantamento fiscal foi feito em função do encerramento das atividades da empresa e não foi considerada as quantidades do estoque final de mercadorias, a princípio foi correto o procedimento adotado pela fiscalização, visto que inexistia um inventário do estoque final.

Entretanto, considerando que o art. 4º, I da Lei nº 7.014/96 considera ocorrido o fato gerador do ICMS a saída de mercadoria de estabelecimento e o § 1º excetua “*a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades, a menos que se trate de sucessão*”, fato que ocorreu nesta situação específica, deve ser aplicado o disposto no art. 3º, XI, “b” da citada Lei que prevê:

Art. 3º. O imposto não incide sobre:

...
XI - operações internas de qualquer natureza decorrentes da transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transmissão:

...
b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Deve ser considerado neste caso as dificuldades operacionais para regularização dos estoques entre um estabelecimento que encerra as atividades em um dia, com surgimento de outro no dia seguinte, visto que a incorporação precede de um protocolo, apreciação e deliberação em Assembleia Geral Extraordinária (artigos 136 a 225 da Lei nº 6.404/76), com avaliação dos estoques por peritos.

Ressalto que em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, no qual foi considerado estoque inicial zero, poderia se decidir pela nulidade da infração, em decorrência do lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração (art. 18, IV, "a" do RPAF/BA) ou determinar o refazimento dos demonstrativos com a inclusão das quantidades de mercadorias existentes no estoque final. Todavia, a critério da autoridade fazendária, pode ser feito o levantamento fiscal relativo ao exercício de 2012 no estabelecimento do incorporador, verificando a regularidade da absorção dos estoques do estabelecimento ora autuado.

Concluo que está correta a Decisão da Primeira Instância pela improcedência da infração 3, visto que a omissão de saída apurada decorre do levantamento fiscal ter considerado estoque final zero, quando na realidade foi comprovado ter sido transferido ao incorporador que deu continuidade às atividades, absorvendo todo o patrimônio da incorporada (art. 227 da Lei nº 6.404/76), operação esta contemplada com a não incidência do ICMS (art. 3º, XI, "b" da Lei nº 7.014/96).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 269511.3001/13-0, lavrado contra F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA – MAGAZINE LUIZA S/A.), no valor total de **R\$71.733,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$52.479,89, 70% sobre R\$14.712,88 e 100% sobre R\$4.540,77, previstas no art. 42, VII, "a" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, "h", do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos e encaminhado ao setor competente para as devidas providências processuais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MEDNONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS