

A. I. Nº - 060624.0007/13-9
AUTUADO - ESPLANADA BRASIL S.A LOJAS DE DEPARTAMENTOS
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 15.04.2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-01/14

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 defensiva 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. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2013 para exigir ICMS no valor total de R\$218.685,03, tendo em vista a apuração das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período janeiro 2010. Valor R\$ 98.350,93. Multa de 60%.
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. Períodos março/junho e julho 2010. Valor R\$13.208,24. Multa de 60%.
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. Período janeiro 2010. Valor R\$107.125,86. Multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação de fls. 123/137, arguindo que é uma empresa cinquentenária, sociedade empresarial nordestina dedicada ao comércio varejista de vestuário, com mais de 40 Lojas de Departamentos espalhadas pelo Brasil, sendo responsável por mais de 1000 empregos diretos. Descreve as infrações lavradas.

Argui que a primeira infração decorre de suposta falta de recolhimento do ICMS referente às operações escrituradas nos livros próprios, no valor de R\$ 98.350,93; na infração 03, a divergência apontada ocorre entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e aqueles escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS; diz que, segundo o auditor fiscal, não haveria registro de qualquer operação no livro Registro de Entradas, enquanto que o livro de apuração apontava créditos sobre aquisição de mercadorias, no montante de R\$ 107.125,85. Aduz que ambas infrações supostamente ocorreram em 01/2010, período em que a impugnante sequer estava habilitada perante a "SEFAZ/CE", como comprova seu Cartão Sintegra (DOC 04).

Afirma que as infrações foram frutos da confusão do Auditor, que não compreendeu a operação societária que resultou na sucessão das operações de DEIB OTOCH S.A, que apresentou movimentação, lançou as operações em seus livros fiscais e recolheu os tributos incidentes sobre as atividades desenvolvidas até o mês 02/2010. Explica que o ICMS da infração 01 foi devidamente pago e as entradas de mercadorias que geraram a infração 03 foram escrituradas nos livros fiscais de DEIB OTOCH S.A., sendo improcedente a autuação decorrente dessas infrações.

Apresenta esclarecimento sobre a operação societária, em que a ESPLANADA BRASIL S.A. passou a ser sucessora da DEIB OTOCH S.A. em todos os direitos e obrigações, conforme se verifica a partir da Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 01/09/2008 (doc. 06). Com relação ao Estado da Bahia, as atividades comerciais de DEIB OTOCH S.A. passaram a ser desenvolvidas pela ESPLANADA BRASIL S.A. a partir de 02/2010, após a habilitação da impugnante perante a SEFAZ. Observa que a Esplanada foi autorizada funcionar no mesmo endereço em que funcionava DEIB OTOCH S.A, quando passou a apresentar declarações sem movimento e a ESPLANADA BRASIL S.A., que vinha apresentando declarações sem movimento, passou a informar a ocorrência de vendas.

Explica que a apuração apresentada pela auditora consta no Livro Registo de Apuração do Imposto de DEIB OTOCH S.A. (doc. 09), R\$ 51.240,80, pago pela referida empresa (DOC. 10).

Com relação à infração 03, frisa que, deveria bastar a demonstração de que a impugnante não apresentava movimentação no período para afastar a cobrança realizada pelo auto, o que foi realizado através da juntada da DMA de 01/2010 (doc. 07) e, apenas por uma questão de transparência, também se junta ao presente processo o Livro Registro de Entradas (doc. 11) e o Livro Registro de Apuração do ICMS de DEIB OTOCH S.A. (doc. 09) – sucedida da impugnante. Completa que a partir dos livros fiscais de DEIB OTOCH S.A de 01/2010, vê-se que o imposto creditado, no valor de R\$ 107.125,85, encontra supedâneo nas entradas das mercadorias do período.

A infração 02, argui, advém de suposto desencontro entre os valores recolhidos e aqueles escriturados nos Livros Fiscais de Apuração do ICMS nos meses 03, 04, 05 e 07/2010. Nesse período, as operações já eram realizadas pela impugnante e decorreram de pequenas divergências justificadas a seguir:

Nos meses 03 e 04 de 2010, houve indevida desconsideração dos estornos de débitos ocorridos; explica que no desenvolver das suas atividades, sobretudo aquelas com grande movimentação de mercadorias, é comum ocorrer a erros na tributação de mercadorias, os quais, quando identificados, são corrigidos na apuração através de estorno de débitos. Diz que, no caso em análise, estornou débitos decorrentes da escrituração de débitos sobre as saídas de bens do ativo imobilizado, que, entretanto, não deveriam se sujeitar ao pagamento do ICMS nos termos do art. 3º, VIII da Lei nº. 7.014/96. Firma que, em 03/2010, houve o estorno de débitos sobre a transferência de bens do ativo imobilizado através das Notas Fiscais nº 33353 e 33618, no valor de R\$ 1.374,00.

Em 04/2010 foi registrado o estorno de débitos sobre a transferência de bens do ativo imobilizado através das notas fiscais nº 33814 e 33937, em montante equivalente a R\$ 403,20 (DOC 14). Requer a improcedência em relação aos meses 03 e 04/2010.

Diz que em 05/2010 o auto de infração exige a falta de recolhimento de ICMS no montante de R\$ 11.182,14 (DOC 15).

Relata a falta de recolhimento de ICMS no montante de R\$ 11.182,14 (DOC 15). Ocorre que ao comparar a apuração fiscal com o livro Registro de Apuração do ICMS da impugnante (doc. 16) constatou a diferença em relação ao valor informado a título de diferencial de alíquotas. Percebe que a apuração fiscal informa débito de R\$ 40.203,02 e o Livro Registro de Apuração do ICMS (doc. 16) aponta débito no montante de R\$ 29.020,88. Diz que, na realidade, o fiscal considerou o montante R\$ 11.182,14 a maior do que o devido a título de diferencial de alíquotas para o período. Pede a improcedência da exigência.

Enfatiza a realização de perícia para se comprovar que não houve movimentação de mercadorias em 01/2010; elabora quesito; pede a improcedência das infrações.

A Auditora Fiscal presta Informação Fiscal, fls. 241/242, aduzindo que os erros apontados nas razões da defesa foram corrigidos e elaborado novo demonstrativo fiscal, mantendo a infração 01 (R\$ 98.350,93), a infração 03 (R\$ 107.125,86) e reduzindo a infração 02 para R\$ 31,00 e um total de R\$ 205.507,79.

Em nova manifestação, fls. 251/254, o autuado argumenta que em relação à infração 02, não há mais o que discutir, tendo a própria auditora revisado seu procedimento e concluído pela existência de um débito de apenas R\$ 31,00. Mantém o questionamento em relação às infrações 02 e 03, sob o argumento que as informações prestadas pela Auditora Fiscal não têm o condão de manter o auto de infração impugnado.

Reitera as questões da sucessão em relação a DEIB OTOCH S.A. (CNPJ 04.735.457/0014-10) e que passou a operar na Bahia, a partir de 02/2010 (DOC 04), não tendo realizado compras ou vendido mercadorias até em 01/2010, conforme pode ser verificado na sua DMA (DOC 07).

Explica que todas as informações que constam no levantamento realizado pela Auditora para o período 01/2010 diziam respeito às operações que vinham sendo realizadas pela sucedida DEIB OTOCH S.A. Diz que comparou a recomposição da apuração fiscal (doc. 08 da defesa) com as informações do livro Registo de Apuração do Imposto de DEIB OTOCH S.A. (doc. 09 da defesa), verificando-se a coincidência do imposto creditado sobre as entradas (R\$ 107.125,85) e o valor debitado nas saídas (R\$ 205.473,47), havendo divergência praticamente somente no campo “outros créditos” (R\$ 47.206,99) que foi preenchido de maneira diferente no livro da DEIB OTOCH S.A. Conclui que por razões que desconhece, a fiscalização não considerou.

Resume que o imposto creditado por DEIB OTOCH S.A (R\$ 107.125,85) encontra supedâneo nas entradas das mercadorias do período, conforme apontado em seu livro Registro de Entradas (doc. 11) e que, conforme consta em seu livro Registro de Apuração (DOC 09), a DEIB OTOCH S.A. recolheu o valor de R\$ 51.240,80, no período 01/2010 (DOC 10).

Reitera que, se as provas juntadas não forem suficientes para desconstituir a presente autuação, pede a realização de perícia sobre a documentação fiscal do período (notas fiscais, cupons e livros) a fim de restar provado que a DEIB OTOCH S.A. realizou todas operações imputadas ao contribuinte autuado, efetuando, inclusive, os respectivos pagamentos.

A preposta fiscal presta nova Informação, reiterando os fatos ocorridos, fls. 260/261, observando que a partir de 15.08.08, a DEIB OTOCH S.A integralizou no capital social da Esplanada Brasil S.A todo o seu acervo patrimonial, em troca de ações da mesma, que passou a lhe suceder em todos os direitos e obrigações, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 01.09.2008. Ressalta que se alguns recolhimentos foram feitos pela DEIB OTOCH S.A que seja reclamado o resarcimento; defende que o autuado ao se cadastrar em 22.12.2009, tornou-se apto a responder por suas obrigações e direitos, inclusive o recolhimento dos impostos. Procuração dos advogados do autuado foi anexado aos autos, às fl. 280.

É o relatório

VOTO

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.

Dante 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 Inspetoria Eletrônica da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Data vênia, não se pode validar a afirmação 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 na lei, necessária 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 desencontro 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 equívoco 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 PROCEDEENTE EM PARTE, no valor de R\$ 31,00.

É o voto

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDEENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 060624.0007/13-9, lavrado contra **ESPLANADA BRASIL S.A. LOJAS DE DEPARTAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 31,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR