

A. I. N° - 206887.3004/16-7
AUTUADO - SENA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.11.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0184-04/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES EM EXERCÍCIO FECHADO. Procedimentos de apuração do imposto estabelecidos pela Portaria n.º 445/98. Fundamento apresentado pelo sujeito passivo incapaz de afastar as exigências, vez comprovado ter o sujeito passivo mantido as suas atividades sem qualquer alteração durante o período fiscalizado. Infrações procedentes. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 01 de junho de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$44.141,22, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 04.05.03. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, sendo lançado, respectivamente, R\$50,00, R\$460,00 e 460,00.

Infração 02. 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, relativamente ao exercício de 2013, sendo lançado imposto no montante de R\$3.159,27, bem como multa de 100%.

Infração 03. 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, referente ao produto óleo diesel, no exercício de 2013, no montante de R\$29.435,84, multa de 100%.

Infração 04. 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, para o produto óleo diesel, sendo lançado para o exercício de 2013 imposto no valor de R\$8.194,94, além da multa de 60%.

Infração 05. 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no ano de 2013, totalizando R\$1.001,17, multa de 60%.

Infração 06. 16.05.04. Falta de apresentação de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente aos meses de abril, julho e setembro de 2014 resultando em débito de R\$1.380,00, correspondente a imposição de R\$460,00 por cada mês da ocorrência.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante à fl. 27, onde argui que a autuação não pode prosperar, diante do fato de que ao apresentar os Livros de Movimentação de Combustível, por equívoco, apresentou os livros de outra empresa que funcionava anteriormente no mesmo imóvel, com movimentação de novembro de 2012 a janeiro de 2013, sendo possível observar-se pelos seus livros fiscais, que a primeira compra ocorreu em 09 de fevereiro de 2013, e as primeiras vendas em 10 de fevereiro de 2013, se podendo constatar tal fato pela leitura da memória fiscal dos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECF), motivo pelo qual anexa cópia do livro correto, e da memória fiscal aludida, para ser analisada.

Informação fiscal prestada à fl. 108 pelo autuante argumenta que em relação à tese defensiva, que os sócios da empresa deveriam buscar junto aos antigos proprietários as explicações para a referida movimentação de combustíveis, vez que diante dos documentos que está colacionando aos autos, a empresa continuou sendo a mesma, apenas se observando mudança de sócios em 04 de maio de 2016, ou seja, após a ação fiscal.

Observa que a defesa não apresenta razões suficientes para a desconstituição do lançamento, visto ter o mesmo seguido todos os preceitos legais para a sua consecução, sendo que por tais motivos o lançamento deve ser julgado procedente.

VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação pelo sujeito passivo, ainda que de forma não explícita, diante dos argumentos defensivos postos, as de número 01 a 05, não trazendo o contribuinte qualquer aspecto ou prova relacionado à infração 06. Logo, esta infração está excluída da lide, e tida como procedente.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e documentos que ao seu entender elidiriam as infrações, colocando seus argumentos com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

As infrações 01 a 05 são consequência da realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em relação ao qual, algumas observações são pertinentes.

Tal procedimento de auditoria de estoques estava previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período*

considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí pode ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica.

O exame em questão, pois, demandaria apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de matéria eminentemente fática, e consequentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova.

O sujeito passivo trouxe como argumento de defesa, apenas e tão somente a alegação de que, ao apresentar os Livros de Movimentação de Combustível, por equívoco, trouxe os livros de outra empresa que funcionava anteriormente no mesmo imóvel, com movimentação de novembro de 2012 a janeiro de 2013, sendo possível observar-se pelos seus livros fiscais, que a primeira compra ocorreu em 09 de fevereiro de 2013, e as primeiras vendas em 10 de fevereiro de 2013, no que foi contraditado pelo autuante, sob a alegação de ser tal assertiva infundada, vez que a empresa continuou sendo a mesma, apenas se observando mudança de sócios em 04 de maio de 2016, ou seja, após a ação fiscal.

Desta forma, e diante de tal fato, passo à análise dos elementos trazidos ao feito, e sua repercussão no lançamento, abordando, inicialmente, a possibilidade de responsabilidade tributária do sucessor.

A sucessão empresarial ocorrida na empresa, assim é definida, na forma de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

“Processo: AP 1179200410110004 DF 01179-2004-101-10-00-4

Relator(a): Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho

Julgamento: 17/10/2007

Órgão Julgador: 3ª Turma

Publicação: 26/10/2007

AGRAVO DE PETIÇÃO. SUCESSÃO. Há sucessão quando novos sócios são admitidos numa sociedade, substituindo e sucedendo os sócios primitivos (sucessão de sócios). Nesse caso, tratando-se de sucessão de sócios, o fenômeno será perceptível nos documentos constitutivos da sociedade. Mas ocorre sucessão, também, quando uma sociedade empresária, com CNPJ próprio, obtém outra, adquirindo total ou parcialmente seu empreendimento. Nessa hipótese, a sucessão não poderá ser observada nos contratos sociais e alterações subsequentes da sucessora e da sucedida”.

Já a sucessão tributária e sua responsabilidade assim é reconhecida pelo Poder Judiciário, consoante decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) 2ª Região:

“Processo: AGV 84923 2001.02.01.035561-3

Relator(a): Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Julgamento: 26/06/2002

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. SÓCIO QUE SE RETIRA DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. ART. 133 DO CTN. A retirada do sócio dá-se por alienação de sua participação no capital social da empresa. Cedendo suas cotas ou ações, o sócio retirante transfere ao adquirente parcela do fundo de comércio, que passa, por conseguinte, a ser sucessor para fins de responsabilidade tributária”.

Já o Código Tributário Nacional (CTN), assim dispõe no artigo 133:

ART. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

Assim, entende-se que as normas contidas em tal artigo abrangem praticamente todas as atividades comerciais, significando que para haver a responsabilidade tributária, deverá existir a exploração da mesma atividade econômica pelo adquirente, caso contrário, não há que se falar em sucessão tributária, sendo notório, no caso em tela, que a atividade econômica persistiu.

Durante muito tempo as empresas questionaram esta matéria, inclusive no âmbito judicial, estribados nos mais diversos argumentos. Para dirimir a questão, foi editada a Súmula 554, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em dezembro de 2015, com o seguinte teor:

“Súmula 554: Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.”

Isso diante do fato de que as multas de natureza moratórias possuem caráter punitivo e representam dívida de valor e, como tal, acompanham o passivo do patrimônio transmitido ao sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. A multa será devida pelo sucessor, não importando se ela é de caráter moratório ou punitivo.

Para o STJ, apesar de multa não ser tributo, ela também é transmitida para o sucessor em caso de sucessão empresarial, afinal, a multa é uma dívida de valor que faz parte do patrimônio passivo do sucedido, sendo assim, transferida ao sucessor.

Tal súmula se apresenta como de suma importância, à vista, inclusive, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrou em vigor em março de 2016, o qual estabelece no art. 927:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

De acordo com o novo CPC, as decisões em repetitivos, súmulas, repercussão geral e súmula vinculante do STF serão, de fato, vinculantes aos juízes de primeiro grau. Se uma sentença violar uma decisão, súmula ou repetitivo vai caber reclamação direta ao STJ ou ao STF, e como tal juízes de primeiro grau deverão seguir o enunciado da súmula 554 do STJ e, desta forma, se deverá pôr fim às discussões em relação à responsabilidade tributária por sucessão empresarial.

De fato, da análise dos elementos cadastrais da Secretaria da Fazenda, especialmente as informações cadastrais constantes às fls. 109 e 109v, as quais informa o início da atividades da empresa em 10 de outubro de 2012, e a sua condição de ativa no Cadastro em 26 de julho de 2016, registrando como alteração apenas a inclusão dos sócios Helânio Gonçalves de Almeida, CPF 993.516.765-87, e Geane Gonçalves de Almeida, CPF 031.114.915-44, com início de gestão em 04 de maio de 2016, poucos dias antes da lavratura do Auto de Infração, mas quando a empresa já se encontrava sob ação fiscal, o que fragiliza a tese defensiva.

Ainda assim, os livros apresentados pela empresa à fiscalização, atendem as regras de escrituração e se apresentam como idôneos, e como tal poderiam e deveriam ser considerados pelo autuante, o que ocorreu, não tendo o autuado, além da argumentação relativa aos livros, contestado qualquer outro elemento ou dado relativo ao levantamento realizado, o que robustece a autuação.

Além disso, além do argumento relativo aos livros fiscais, o sujeito passivo não contestou qualquer outro dado ou elemento do levantamento realizado.

De outra fronte, caso os livros fossem apresentados de forma equivocada por parte do contribuinte, caberia a este fazer a apresentação dos livros corretos, a fim de serem analisados e incluídos no levantamento, o que não se tem conhecimento nos autos.

Por tais motivos, e embasado em tais argumentos, julgo o lançamento totalmente procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206887.3004/16-7, lavrado contra **SENA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.791,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.196,11, e de 100% sobre R\$32.595,11, previstas no art. 42, II “d” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$2.350,00**, previstas nos incisos XV “h” e XXII, dos citados art. e Lei e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA