

A. I. N° - 279757.0023/17-1
AUTUADO - VALE FERTILIZANTES S.A.
AUTUANTES - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0183-05/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fatos geradores ocorridos de janeiro a julho de 2012, sendo o sujeito passivo cientificado em 02/2018, quando já se encontrava decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Extinção do crédito tributário pela decadência. Infração improcedente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, exige multas por descumprimentos de obrigações acessórias no valor de R\$39.830,54, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 16.01.01 -Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% no valor de R\$29.124,41.

Infração 02 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% no valor de R\$10.706,14.

O sujeito passivo ingressa com defesa, por meio de patrono legalmente constituído, fls. 86 a 110, e em preliminar invoca a falta de capacidade da autuada para figurar no pólo passivo da relação jurídico tributária. Isto porque o sujeito passivo indicado já havia sido regularmente extinto por incorporação há mais de quatro anos, informação essa de pleno conhecimento da administração tributária, conforme faz prova a consulta cadastral ao site da SEFAZ-BA.

Com efeito o cancelamento do CNPJ da autuada, devido à baixa por incorporação, também já constava há mais de 05 (cinco) anos no seu cadastro junto à Receita Federal.

Do mesmo modo que em 24.07.2012, houve o arquivamento na Junta Comercial do Estado da Bahia - JUCEB da Ata da Assembléia Geral que aprovou o Protocolo e Justificação de incorporação da autuada, com a sua extinção, conforme disposto na Lei 6.404/79 (Lei das Sociedades Anônimas).

Desse modo, constata-se que à época da lavratura do Auto de Infração, em 04/10/2017, a autuada já havia sido regularmente extinta por incorporação há mais de 5 anos, uma vez cumprida todas as exigências para a sua regular extinção.

Como cedição o lançamento tributário deve identificar corretamente o lançamento tributário, sob pena de nulidade, art. 142 do CTN, bem como o art. 18, IV, “b” do RPAF/99.

Traz a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no mesmo sentido, de que com a extinção por incorporação, cessa a capacidade tributária passiva daquela tida por contribuinte no lançamento, como no presente caso, sob pena de violação ao art. 142 do CTN.

Ressalta também a ocorrência da decadência do crédito tributário ora combatido, relativo à cobrança de multa por suposto descumprimento de obrigação acessória relativa a fatos ocorridos

entre janeiro e julho de 2012. Suscita a aplicação do art. 173, I do CTN, vez que o lançamento tributário apenas se perfez em 05.02.2018, com a regular notificação da autuada, ou seja, após o transcurso do lustro decadencial.

Traz a jurisprudência administrativa, quer em âmbito Federal quanto Estadual, bem como decisões do STJ.

Embora confie no acolhimento das preliminares acima aduzidas, em atendimento ao princípio da concentração da defesa, passa a revelar a completa insubsistência do lançamento fiscal, como sustenta.

Assim, explana que adquire mercadorias mediante relações jurídicas variadas, internas, interestaduais, de compra e venda, de comodato, etc, sendo estas mercadorias destinadas ao próprio processo de industrialização ou para a manutenção das atividades da empresa.

Passa a discorrer sobre o procedimento adotado para a entrega de mercadorias na empresa, tais como controles internos que regem a conduta de seus empregados e prestadores de serviço, os quais visam ao total adimplemento das inúmeras obrigações tributárias (principais e acessórias), a fim de desempenhar o seu objetivo social em estrita boa-fé.

Na infração 01, da análise das notas fiscais apontadas, tem-se que, em verdade, a esmagadora maioria das notas fiscais foi devidamente escriturada, conforme faz prova a Escrituração Fiscal Digital – EFD-ICMS/IPI dos meses de julho e agosto de 2012. Saliencia que uma consulta ao Sistema Público de Escrituração Digital –SPED comprova a escrituração efetivada pela companhia.

No caso das Notas Fiscais nº 47841, 52550, 8848, 65923, 141386, e 141389, não houve a entrada efetiva das mercadorias, visto que se trata de Notas Fiscais Complementares para ajuste da quantidade de produto e valores e impostos da Nota Fiscal original, circunstância que afasta a penalidade aplicada.

Quanto à Nota Fiscal nº 7759, foi objeto de denúncia espontânea do ano de 2016, portanto, antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, conforme faz prova o comprovante anexo, pelo que também deve ser excluída da autuação.

Do mesmo modo, não houve entrada da mercadoria relacionada na Nota Fiscal nº 130460, uma vez que conforme atesta o Boletim de Acidente de trânsito anexo, o reboque do caminhão que transportava a mercadoria capotou na estrada. Nesse caso, no máximo poderia ter sido aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XXII da Lei 7.014/96, no valor de R\$460,00, mas jamais multa no percentual de 1% sobre o valor da operação, uma vez que não houve a efetiva entrada de mercadorias.

Na infração 02, das 47 (quarenta e sete) Notas Fiscais indicadas, 41 (quarenta e uma) Notas Fiscais foram regularmente registradas através da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Também houve o desfazimento do negócio com relação às Notas Fiscais nº 22924, 22926, 23750, 23753, e 23801, e assim não houve a efetiva entrada de mercadoria, conforme faz prova as Notas de Devolução anexadas (doc. 10).

Lembra que a multa do art. 42, XI da Lei 7.014/96 foi revogada, e que há de se aplicar a retroatividade mais benéfica da Lei, nos termos do art. 106, II, “a” do CTN.

Também argui que faz jus ao cancelamento da penalidade aplicada em excesso, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco. Traz decisões deste CONSEF no que concerne à redução da multa. Aduz que nenhum prejuízo suportou o cofre público, não houve conduta fraudulenta, simulada ou dolosa, nem conluio entre remetentes e destinatários das mercadorias para fraudar o fisco.

Requer o cancelamento das multas aplicadas por descumprimento de obrigação acessória, com fulcro no Art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, c/c art. 158 do Decreto 7.629/99.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 243 a 246, e não acolhem a decadência do crédito tributário ora lançado. Quanto à questão do responsável tributário, transcrevem o art. 124 da Lei 5.172/66, (CTN), e art. 5º, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Nas fls. 24, não consta registro de um único DAE a título de recolhimento de ICMS que tenha sido efetuado no exercício de 2012.

Excluem as Notas Fiscais relacionadas às fls. 98 a 99, e contestam que a falta de registro das demais notas fiscais não encontra amparo na legislação tributária, inclusive no que diz respeito à Nota Fiscal nº 7759, (fl. 101).

Retificam a infração 01 para o valor da multa em R\$15.523,53, conforme quadro de fl. 245.

Na infração 02, confirmam que houve o registro das Notas Fiscais relacionadas nas fls. 102 e 103. Retificam a infração para o valor de R\$1.080,97.

Mantém a procedência parcial do Auto de Infração.

A sociedade empresária manifesta-se quanto à informação fiscal, fls. 254 a 257, e salienta que os autuantes confirmaram a devida escrituração da maior parte das Notas Fiscais apontadas no demonstrativo de débito, excluindo-as do levantamento e reduzem o valor exigido para R\$16.604,50.

Porém não verificaram a devida escrituração da NFe 142005, indicada na infração 01.

Aduz que o Auto de Infração não merece prosperar, e no máximo deveria ser aplicada a multa de R\$460,00, prevista no inciso XXII do art. 42, da Lei 7.014/96.

Os autuantes foram cientificados da manifestação do contribuinte, mas, por não ter sido aduzido nenhum fato novo, pedem o encaminhamento do PAF ao CONSEF.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual estão sendo exigidas multas por descumprimento de obrigações acessórias, em duas infrações. A primeira relativa à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. A autuação engloba os meses de janeiro a julho de 2012.

A segunda infração retrata a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio a junho de 2012.

Em ambas as infrações, a multa aplicada é da ordem de 1% sobre o valor comercial da mercadoria, prevista no Art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015, c/c Alínea “c” do inciso II, como determina o Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN), (infração 1), e Art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96 (infração 02).

O sujeito passivo, de início, aponta a ilegitimidade passiva do autuado, vez que a sociedade empresária teria sido incorporada pela Mineração Naque S.A, em 24.07.2012, e nos termos da Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), a incorporação extinguiu o estabelecimento autuado.

Desse modo, por estar a autuada regularmente extinta por incorporação há mais de 05 anos, à época da lavratura do Auto de Infração, sustenta que o lançamento deveria ter considerado seu responsável tributário, identificando com a devida motivação aquele que se tornou sujeito passivo da obrigação tributária, devido à incorporação de todos os direitos e deveres da companhia extinta.

A questão de responsabilidade por sucessão está prevista no art. 132 do CTN o qual dispõe:

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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja

continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

O preceptivo em análise versa sobre a sucessão empresarial, cuja solução resulta em que a pessoa jurídica que resultar de operação societária será responsável pelas dívidas anteriores, ou seja, haverá responsabilidade empresarial até a data do ato, o que vale dizer que o desaparecimento de uma gera a responsabilidade daquela outra que a suceder. Trata-se, portanto, de responsabilidade exclusiva das empresas fusionadas, transformadas, incorporadas ou cindidas, e que independe de quaisquer condições.

Ressalte-se que se trata de operações de natureza civil, não são consideradas por si só, fatos geradores de tributos do ICMS, mas podem ensejar responsabilização perante outrem.

Encontra-se a incorporação conceituada no art. 227 da Lei 6.404/76: operação societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra.

Isto posto e esclarecida a questão da incorporação empresarial, temos no presente caso, que à data da ocorrência dos fatos geradores, ou seja de janeiro a julho de 2012, a Vale Fertilizantes S.A encontrava-se ativa no cadastro estadual, somente ocorrida a sua baixa em 04/01/2013, perante a Secretaria da Fazenda Estadual, conforme documento de fls. 79 a 81, Dados Cadastrais do INC – Informações do Contribuinte.

Conforme a Certidão de Baixa de Inscrição no CNPJ, de nº 19.443.985/0033-35, ocorreu o cancelamento junto à Receita Federal, em decorrência da incorporação, em 01/06/2012. E em 24.07.2012, houve o arquivamento na Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB, da Ata da Assembléia Geral que aprovou o Protocolo e Justificação de incorporação da autuada, tornando perfeita a sua extinção, conforme disposto na Lei 6.404/79.

Conclui-se que, embora estivesse ativa no cadastro estadual até 04/01/2013, a Vale Fertilizantes S.A, encontrava-se incorporada a partir de 01/06/2012, pela Mineração Naque S.A, a qual passou a ser responsabilizada pelos créditos tributários relativos a fatos geradores anteriores à data da incorporação, e promovidos pela Vale Fertilizantes S.A.

Somente a partir da incorporação, com a extinção jurídica do sujeito passivo autuado, e em relação aos fatos geradores a partir da data da sucessão, é que a sociedade empresária Mineração Naque S.A, deve figurar no Polo Passivo da obrigação tributária, o que não exclui, contudo, a responsabilidade pelas dívidas e obrigações da empresa sucedida.

Desse modo, para os fatos geradores anteriores a 01/06/2012, a empresa incorporada deve figurar no Polo Passivo como sujeito passivo da obrigação tributária, quer principal, quer acessória.

Portanto, quanto à sucessão, o Auto de Infração deve ser lavrado contra a empresa incorporada, que estava ativa à época dos fatos geradores e foi quem cometeu as irregularidades apontadas neste AI, sendo que a responsabilidade pelo pagamento do tributo é da empresa incorporadora.

Ultrapassada a questão da ilegitimidade passiva, o defendente questiona a decadência que teria ocorrido para os períodos autuados, haja vista que a citação ou intimação para a ciência do Auto de Infração, somente se perfez em 05/02/2018, como consta na fl. 35, “objeto entregue ao destinatário”, documento emitido pelos Correios.

Anteriormente, várias tentativas de entrega do Auto de Infração foram feitas sem êxito, como pode ser observado nos AR. de fls. 28, 32.

Ora, tendo sido lavrado o Auto de Infração em 29/09/2017, com ciência em 05/02/2018, abarcando fatos geradores de janeiro a julho de 2012, e por se tratar de descumprimento de obrigação acessória em que deve ser aplicado o Art. 173, I do CTN, para a ocorrência da decadência, temos que o Poder Público, tem o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador, como marco inicial para a contagem do prazo decadencial, de 5 (cinco) anos.

Inicia-se assim a contagem do prazo em 01/01/2013, e a Administração teria até o dia 01/01/2018 para constituir o lançamento tributário, que se perfaz com a ciência do contribuinte. Ocorre que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 05/02/2018, ocasião em que a relação jurídica tributária se perfaz plenamente, com eficácia, mas já se encontrava extinto o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, que estava fulminado pela decadência, com relação ao exercício de 2012.

Portanto, por se encontrar decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em 2012, o presente Auto de Infração é improcedente, o que me impede de avançar nas demais questões quanto ao mérito da autuação.

Assim o crédito tributário ora questionado encontra-se extinto pela decadência, por ter o fisco deixado de realizar o lançamento dentro do prazo que lhe é ofertado.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279757.0023/17-1, lavrado contra **VALE FERTILIZANTES S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR