

PROCESSO - A .I. Nº 206921.0007/01-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DEPÓSITO DE MATERIAIS PARA CONTRUÇÕES ABAETÉ LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0269/01-03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 23.09.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO Nº CJF 0062-12/03

EMENTA: ICMS. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Previsão legal: considera-se saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades, a menos que se trate de sucessão. Caracterizado nos autos que houve a sucessão das atividades comerciais do autuado. Questões preliminares superadas em decisão anterior. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00, relativamente ao Acórdão nº 0269-01/03 que decidiu pela Improcedência do Auto de Infração em referência.

A acusação fez a exigência do ICMS no valor de R\$70.288,62, acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento do imposto sobre mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado.

A 1ª JJF sintetizou os argumentos do recorrido na forma a seguir reproduzida: “O autuado (fl. 87/97), inicialmente, fez breve comentário acerca dos equívocos processuais que entendeu cometido pelo autuante, citando os requisitos imprescindíveis à validar um Auto de Infração, determinado pelo art. 39 e inciso do RPAF/99 e o art. 5º, LV da Constituição Federal, acerca dos direitos e garantias assegurados aos contribuintes, notadamente os da ampla defesa. Disse que uma defesa somente poderia ser exercida com a necessária segurança, quando a acusação estivesse formulada de maneira cabal e “insusceptível de ilações dúbias”. Assim, o princípio da tipicidade é requisito imperativo em qualquer acusação, sob pena de nulidade. Tampouco se poderia conceber omissões ou equívocos na capitulação legal da infração e da penalidade, vez que ao citar os dispositivos regulamentares tidos como infringidos de forma completamente desordenada e sem guardar qualquer seqüência lógica com a descrição dos fatos a que se referem (exemplo: art. 125, VI do RICMS/BA, não aplicável ao caso), estaria cerceando o seu direito de defesa. Acrescentou, ainda, que houve alusões a inúmeros dispositivos que não guardavam correlação alguma com os fatos apontados na peça de acusação e que não permitiam identificá-los de forma clara, como exemplo os arts. 50 e 51 do citado Regulamento, sem citações a qualquer dos seus incisos e/ou parágrafos.

Prosseguindo, observou que este Colegiado, sistematicamente, vem decretando a nulidade de todos os

processos onde não fique estabelecida, de forma clara e precisa, a indispensável correspondência entre a infração e a acusação, bem como, onde tenha havido erro na capitulação da infração.

Em seguida, apontou outros erros no procedimento fiscal, como a seguir descrito:

- 1. não constava no seu livro RUDFTO a lavratura do “Termo de Início de Fiscalização”, na forma prevista do RPAF/Ba.*
- 2. o Termo de Início de Fiscalização não foi assinado pelo representante legal da empresa, o que o tornava impróprio para validar o início do procedimento fiscal.*
- 3. os livros e documentos fiscais arrecadados pelo preposto fiscal, em 24/09/2001, referiram-se tão somente aos exercícios de 1996 a 1998. No Auto de Infração é indicado como período fiscalizado o de “01/01/1996 a 30/08/2000”.*
- 4. não foi fornecido qualquer levantamento ou demonstrativo que pudesse explicitar, com segurança, a metodologia de cálculo através da qual se chegou ao valor do débito apurado. Este procedimento seria indispensável uma vez que possuía estoques de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (tintas, cimento, blocos, etc). Observou que os cálculos foram feitos diretamente no corpo do Auto de Infração, sendo que na página 7 dos autos, apenas, constava o “Demonstrativo do Estoque Final de Mercadorias”, sem assinatura do preposto fiscal e sem a indispensável ciência da empresa, o que o invalidava, nos precisos termos da legislação.*
- 5. a intimação dando ciência da lavratura do Auto de Infração foi feita depois de decorrido mais de 30 dias, visto que o auto foi lavrado em 30/09/01 e somente intimado em 06/11/01. Além do mais, esta intimação não foi feita a nenhum dos seus sócios, nem qualquer preposto que estivesse regularmente autorizado para tanto.*
- 6. o Auto de Infração/Termo de Encerramento foi colado em cima do Termo de Início de Fiscalização (fl. 45 do RUDFTO) e do Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 45-verso), de fiscalização anterior, realizada pelo Auditor Fiscal José Arnaldo Brito Moitinho, quando do pedido da baixa de inscrição do estabelecimento autuado, o que lhe privava de exibi-la, pois peça fundamental de sua defesa, já que a questão nela abordada era, precisamente, o objeto da presente lide, ou seja, ICMS sobre estoque final na transferência de propriedade do estabelecimento comercial. Na ocasião, após discussão com aquele preposto fiscal e a Supervisão da INFAZ do Iguatemi concluiu-se pela inocorrência do fato gerador do ICMS e o conseqüente deferimento ao seu pedido de baixa. Salientou que o livro RUDFTO encontrava-se em seu poder e poderia, a depender da autoridade julgadora, ser acostado ao PAF a qualquer momento.*
- 7. a empresa já havia sido fiscalizada em processo de baixa de inscrição estadual (nº 106.154/00), na forma acima descrita, e a Secretaria da Fazenda optou por revisá-la (Ordem de Serviço nº 512492/01). Porém, nos termos do Regimento Interno da SEFAZ/Ba esta fiscalização não mais poderia ser desenvolvida por auditor fiscal vinculado a SAT/INFAZ do Iguatemi por caracterizar-se como uma espécie de revisão fiscal, mas sim pela equipe de auditores da Auditoria Geral do Estado - AGE, responsáveis pela Coordenação de Auditoria Interna (art. 7, III do citado Regimento), com Ordem de Serviço especial.*
- 8. que se somasse a tudo, o fato de que tentou, em vão, obter junto à INFAZ do Iguatemi, cópia do Processo de Baixa de Inscrição em tela, bem como o de seu depósito fechado (nº 106.153/00), ficava demonstrado, de forma inquestionável, o total cerceamento ao direito de sua defesa.*

No mérito, informou que, em 21/08/00, a empresa Depósito de Materiais para Construções Abaeté LTDA., protocolou, junto à INFAZ Iguatemi, o seu pedido de baixa de inscrição. Nesta mesma data, em uma “operação casada”, foi protocolado o pedido de inscrição estadual da empresa Ferragens Abaeté LTDA., que teve sua inscrição estadual deferida em 23/08/00, sob nº 53.657.086-NO, passando a operar, a partir daquela data, no mesmo local e desenvolvendo a mesma atividade da sua antecessora, ou seja, o comércio varejista de materiais de construção. Nesta circunstância, locou o imóvel para a nova empresa e emitiu nota fiscal transferindo, àquela, a totalidade dos seus estoques, no valor de R\$366.891,83, com a não incidência do imposto, na forma prevista na legislação tributária aplicável ao caso. Observou que os sócios da nova empresa são seus filhos que continuaram a desenvolver a mesma atividade. Que, quando de sua baixa de inscrição, não possuía nenhuma pendência fiscal, o que provava a não utilização, nesta transferência, de qualquer meio escuso, como a utilização de sócios “laranjas”, ou mesmo “fantasmas”.

Prosseguindo, advogou que na operação de transferência não se configurava a hipótese de incidência do ICMS. Nesta linha de raciocínio, citou a Lei nº 7.014/96, o RICMS/Ba e opinião do jurista Hugo de Brito Machado.

Entendeu insubsistente a autuação por fundamentos de fato e de direito”.

No tocante a informação fiscal prestada pelo autuante, a 1ª JJF destacou o que segue: “O autuante (fl. 175), com base no teor da defesa apresentada pelo contribuinte, ratificou a ação fiscal e apresentou as seguintes considerações:

- 1. o autuado alegou que houve transferência da propriedade do estabelecimento para os seus filhos, sócios da nova empresa - Ferragens Abaeté Ltda, que passou a funcionar no local e no mesmo ramo de atividade. Se esta afirmativa fosse verdadeira, seria necessária a apresentação da documentação produzida em cartório, comprovando a transferência da titularidade (doação; compra-e-venda; etc), e ainda, a contemplação da sucessão no contrato social da sucessora, para que pudesse produzir todos os efeitos jurídicos, inclusive a co-responsabilidade tributária pelas obrigações da firma anterior, o que não aconteceu;*
- 2. entendeu que a empresa anterior poderia transferir a sua titularidade sem a necessidade de fiscalização prévia, nem tampouco, de pagar o ICMS do seu estoque nesta ocasião, caso requeresse uma simples alteração de sócios;*
- 3. porém como requereu a baixa de sua inscrição, a única maneira para elidir a ação fiscal seria a de pagar o ICMS sobre o seu estoque final, ou aplicando o TVA, como ocorreu através do Auto de Infração, ou ainda, vendendo a terceiros ou transferindo para outro estabelecimento da própria empresa os estoques, todas as situações hipóteses de incidência do ICMS”.*

Também está consignado no Acórdão pertinente à Decisão Recorrida, que o Auto de Infração em lide, em primeiro julgamento foi decidido por sua nulidade, ocorrendo, entretanto, sua reforma quando do julgamento pela 2ª Instância, conforme foi assim observado: “Esta 1ª JJF, através do Acórdão nº 0156-01/03 julgou nula a ação fiscal por vícios formais do procedimento, uma vez que havia ocorrido a intimação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária para dar início ao procedimento fiscal, pois se a Secretaria da Fazenda entendeu que não existiu sucessão, não poderia realizar a fiscalização intimando contribuinte alheio ao negócio (fls. 178/183).

A 1ª CJF, através do Acórdão nº 0329-11/03 entendeu e decidiu que ficou caracterizada, nos autos, a sucessão da empresa, através de uma cisão total, já que houve a transferência total dos estoques da empresa autuada para outra empresa, constituída pelos filhos dos proprietários e que a cindida foi extinta. Nesta situação, concluiu que os vícios de procedimento que basearam a decisão do julgamento anterior não existiram, pois a intimação foi “assinada pelos sucessores da empresa autuada.” Deu provimento ao recurso, devolvendo os autos à 1ª Instância de julgamento para que fossem apreciadas as razões de mérito (fls. 189/193”).

Finalmente, a 1ª JJF decidiu a lide com fundamento no voto a seguir transcrito: *“Inicialmente, ressalto que as questões preliminares de nulidade aventadas pelo contribuinte tais como a não entrega do levantamento elaborado pelo autuante e da cópia do processo de baixa da empresa requerida pelo contribuinte à Repartição Fiscal, bem como, a falta da lavratura do “Termo de Início de Fiscalização” no livro RUDFTO que não foram sanadas quando do primeiro julgamento e não apreciadas pela Segunda Instância, deixo de tomar medidas saneadoras tendo em vista meu convencimento sobre o desfecho da lide.*

O Auto de Infração cobra imposto decorrente da falta de seu recolhimento sobre mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado. Ou seja, o contribuinte ao encerrar suas atividades transferiu, sem incidência do imposto e através da Nota Fiscal nº 0012875 (fl. 140), as mercadorias inventariadas para outro estabelecimento, cujos proprietários eram seus filhos e que no mesmo local restaram estabelecidos com o mesmo ramo de atividade, entendendo que ficou caracterizada a sucessão do negócio. A Secretaria da Fazenda, após deferir a baixa da inscrição estadual do contribuinte, contestou este procedimento, o que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração. Em decisão de Segunda Instância deste Colegiado, a 1ª CJF decidiu que razão assistia ao contribuinte, retornando o PAF a esta Primeira Instância.

Desta forma, superadas, pela 1ª CJF, as questões preliminares de nulidade da ação fiscal e em obediência as normas regulamentares, passo a questão de mérito.

O art. 6º, XI, b), do RICMS/97 determina que o ICMS não incide nas “operações internas de qualquer natureza decorrente da transmissão da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular”, nas hipóteses de sucessão “inter vivos”, “tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão”.

Conforme decisão unânime da Segunda Instância deste Colegiado, com apoio da PROFAZ, restou, nos autos, caracterizada a sucessão do estabelecimento autuado pela empresa Ferragens Abaeté LTDA., através da hipótese de “cisão total”, uma das modalidades da sucessão prevista na norma regulamentar.

Neste contexto, o Estado não pode cobrar o imposto sobre os estoques finais existente, quando do encerramento das atividades do autuado, vez que transferido ao seu sucessor que passou a ser o responsável, a partir da data da ocorrência do fato, do imposto devido (art. 133 do CTN).

Voto pela improcedência do Auto de Infração”.

VOTO

Da análise levada a efeito nas peças que integram os autos, considero que a Decisão da 1ª Instância não merece reparos na forma em que, efetivamente, está caracterizada a sucessão das atividades comerciais da empresa autuada pela nova empresa regularmente criada, com funcionamento no mesmo local da antecessora, cujo estoque final foi transferido através de nota fiscal regular e incorporado ao estoque do contribuinte sucessor.

Da leitura do Voto concernente ao Acórdão nº 0329-11/03, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que afastou a nulidade do primeiro julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, apesar de não adentrarem ao exame do mérito da autuação, resta evidente que o entendimento unânime daquela Câmara foi no sentido de que restou caracterizada a sucessão das atividades comerciais do recorrido, não sendo, portanto, possível a exigência do imposto sobre o estoque final já que o mesmo foi totalmente transferido para a firma sucessora a qual, a partir daquele momento, passou a ser a responsável pelo pagamento do imposto devido sobre a comercialização futura destas mercadorias.

Pelo fato de concordar, inteiramente, com o posicionamento acima e acolher a fundamentação exposta pelo Voto da Decisão Recorrida, voto pelo Não Provimento deste Recurso de Ofício.

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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206921.0007/01-8**, lavrado contra **DEPÓSITO DE MATERIAIS PARA CONTRUÇÕES ABAETÉ LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS