

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 0156-01/03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30.06.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-11/03

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios na autuação. Inexiste irregularidade na intimação assinada pelos sucessores da empresa autuada. Afastada a nulidade. Retornem-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada, para apreciação das razões do mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, após Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado para reclamar falta de recolhimento do imposto sobre mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado.

O Auto de Infração foi julgado Nulo, tendo o relator da 1ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“É necessário, em primeiro lugar, analisar as preliminares de nulidade trazidas pelo defendente.

Não prevalece o argumento de defesa de que a infração apurada não está perfeitamente descrita no corpo do Auto de Infração. Lá, claramente, está exposta que a irregularidade constatada se trata da falta de recolhimento do imposto sobre os estoques finais quando do encerramento das atividades comerciais do estabelecimento.

As disposições legais infringidas e a referente à multa aplicada estão corretamente consignadas no Auto de Infração. A descrição do fato, como acima indicado, esclareceu de maneira efetiva todos os dispositivos legais ditos infringidos, não sendo necessária à transcrição, no corpo do Auto de Infração, das suas determinações. Se não foram indicados alguns incisos, no caso o exemplo dado pelo impugnante, o art. 51 e 52 do RICMS/97, apenas se refere à alíquota aplicada. E, no caso do art. 125, VI do citado Regulamento, corretamente citado e aplicado, pois trata da obrigação do pagamento do imposto sobre os estoques finais quando do pedido de baixa da inscrição estadual no ato de encerramento da atividade do estabelecimento.

O art. 39, IV do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) estabelece que no Auto de Infração deve ficar esclarecido que o contribuinte tem prazo de 30 dias para pagar ou impugnar a ação fiscal, com a indicação das situações em que o débito poderá ser pago com a redução da multa aplicada. Esta obrigação da lei consta do procedimento fiscal (fl. 4), pois é necessário preservar o prazo de 30 dias para pagamento ou impugnação da ação fiscal após sua ciência. Este procedimento foi preservado. A ciência do Auto de Infração se deu em 06/11/01 e a defesa foi apresentada em

03/12/01.

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 são procedimentos que devem ser rigorosamente observados, porém não inquinam o Auto de Infração à nulidade. Medidas saneadoras devem ser tomadas em obediências às determinações legais, que deixo de requerê-la tendo em vista meu convencimento sobre o desfecho da lide.

Igualmente sanável a data de ocorrência do fato gerador do imposto indicada erroneamente no corpo do Auto de Infração, uma vez que os livros e documentos arrecadados se referiram aos exercícios de 1996 a 1998 e não ao ano de 2000. Estando comprovado que o período fiscalizado àqueles exercícios se referiam, este fato seria corrigível, sendo devolvido ao contribuinte o prazo de defesa em sua totalidade.

Se, acaso, o autuante colou em cima de uma anterior fiscalização, no livro RUDFTO do impugnante, o Termo de Encerramento da sua fiscalização, esta é uma grave acusação que deveria ter sido acompanhada de provas, pois o fato poderia ensejar medidas disciplinares. Como não ficou provado, acorde art. 123 do RPAF/99, e como o autuante não se pronunciou a respeito do assunto, não teço maiores comentários, observando, apenas, que não é ensejadora da nulidade do Auto de Infração. Esclareço, por oportuno que, na assentada de julgamento, o representante do autuado apresentou o livro RUDFTO. Lá, de fato, consta colado, as fls. 45 e 45 verso, o Auto de Infração/Termo de Encerramento de Fiscalização. À fl. 45, como parte da cola se depreendeu, verifica-se que o papel colado sob a cópia do Auto de Infração, diz respeito ao Termo de Início de Fiscalização realizado pelo auditor fiscal citado pelo impugnante em 05/02/02 e referente ao pedido de baixa de inscrição da empresa. À fl. 45 - verso, não se consegue identificar o documento sob a cópia do Auto de Infração/Termo de Encerramento de Fiscalização.

Pela descrição dos fatos ocorridos, não contestados em qualquer momento pelo preposto fiscal, a presente autuação decorreu de uma revisão de lançamento realizada pela Inspetoria Fiscal do Iguatemi, quando ficou constatada que na fiscalização anterior, quando do pedido de baixa de inscrição do autuado, não foi apurado o imposto dos estoques finais de mercadorias, pois na ocasião, volto a frisar que me baseio nas afirmativas do impugnante, pois não contestadas pelo autuante, tais estoques poderiam ser transferidos sem incidência do imposto já que repassados para empresa sucessora do estabelecimento autuado. Ou seja, o contribuinte foi fiscalizado tendo em vista o pedido de baixa da sua inscrição estadual e houve a homologação, sem Auto de Infração, dos lançamentos efetuados e a baixa foi deferida. Observo, neste momento, que o ICMS é imposto submetido ao regime de lançamento por homologação. Quando um exercício é fiscalizado e homologado, os lançamentos a ele concernentes estão confirmados, pois este procedimento constitui requisito de segurança ao sujeito passivo tributário. A renovação da fiscalização somente poderá ocorrer em situações excepcionais, diante de inequívoca sonegação, sob pena de ofensa à segurança jurídica. Portanto, diante dos termos do art. 156, VII do CTN extingue-se o crédito tributário com a homologação do lançamento. Apenas faço a observação de que, ao contrário do que entendeu o impugnante, procedimento fiscal não é realizado pela Auditoria Geral do Estado – AGE, órgão que tem por objetivo o controle interno do Poder Executivo. As diligências e perícias por ele realizadas são exclusivamente no seu âmbito. As diligências e revisões de fiscalizações realizadas externamente ao citado poder, ou seja, o contribuinte, é de competência exclusiva dos auditores fiscais que estejam exercendo suas atividades à verificação da “ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.” (art. 142 do CTN). Portanto,

cabe à Inspetoria Fazendária realizar procedimentos fiscais, dentro das determinações legais, não tendo qualquer cabimento aventar as determinações contidas no Regimento Interno da Secretaria da Fazenda.

Por fim, devo me pronunciar a respeito do fato do “Termo de Início de Fiscalização” e da ciência do Auto de Infração não terem sido assinados pelos representantes legais da empresa ou de algum preposto seu.

Em uma fiscalização de estabelecimento, o art. 26, II e III, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Ou seja, obrigatoriamente, sob pena de cerceamento do pleno direito de defesa, deve o contribuinte estar ciente do início do procedimento fiscal. Neste contexto, necessário se torna observar qual o objetivo da ação fiscal e como ela foi realizada.

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, as mercadorias existentes para outro estabelecimento, cujos proprietários eram seus filhos e que no mesmo local restaram estabelecidos, entendendo que ficou caracterizada a sucessão do negócio, o que foi contestado, neste momento, pela Secretaria da Fazenda.

O autuante intimou o contribuinte para apresentação dos livros e documentos fiscais. Porém quem recebeu esta intimação foi o proprietário do outro estabelecimento comercial que começou a funcionar no mesmo local daquele que pertencia ao autuado. Da mesma maneira, o Auto de Infração não foi entregue ao autuado e sim ao proprietário do novo estabelecimento. Ora, pergunto, se a Secretaria da Fazenda entende que não existiu sucessão, como pode realizar a fiscalização intimando contribuinte alheio ao negócio? O fato dos novos proprietários serem filhos dos legais proprietários da empresa autuada, e estes terem entregado documentação dos pais pertencentes, não caracteriza a obediência à norma regulamentar, ou seja, a intimação do início da fiscalização e a ciência do Auto de Infração devem, obrigatoriamente, serem entregues e assinadas pelo autuado ou seu representante legal.

Dessa maneira, entendo que ocorreu a intimação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária para dar início ao procedimento fiscal, sendo desnecessário adentrar-se ao mérito da questão, razão pela qual voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, II, do RPAF/99”.

A 1ª JJF recorre de ofício nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Neste Recurso de Ofício trataremos apenas da nulidade acerca do fato do “Termo de Início de Fiscalização” e da ciência do Auto de Infração não terem sido assinados pelos representantes legais da empresa ou de algum preposto seu, tendo em vista ter sido este o fundamento que originou o julgamento do Auto de Infração pela nulidade.

O relator de 1ª Instância deixa claro que a própria SEFAZ entendeu não ter existido a sucessão do negócio, motivo que ensejou a lavratura do Auto de Infração com a cobrança do imposto, pois entendeu ter ocorrido o encerramento das atividades comerciais do estabelecimento autuado e

considerou irregular a intimação para o proprietário do outro estabelecimento que começou a funcionar no mesmo local, tendo como proprietários os filhos do proprietário da empresa autuada.

A fim de verificar a regularidade da intimação não podemos deixar de analisar a possibilidade de ter ou não ocorrido uma sucessão.

De acordo com o Direito Comercial, a sucessão de uma empresa ocorre através da incorporação, da fusão, da cisão ou da transformação.

A transformação é um tipo muito comum de sucessão, ocorre quando, independentemente de dissolução e liquidação, a empresa passa de um tipo social para outro (Sociedade por Quotas de Responsabilidade Ltda ou Sociedade Anônima) mediante simples alteração em seus elementos constitutivos (contrato social, para as sociedades de pessoas e por quotas de responsabilidade limitada ou estatuto social, para as sociedades por ações).

No caso da Incorporação, esta é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. A incorporadora assume todas as obrigações das sociedades incorporadas.

Já a Fusão ocorre quando se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações.

A cisão é a operação pela qual uma sociedade empresária transfere para outra, ou outras, constituídas para essa finalidade ou já existentes, parcelas do seu patrimônio, ou a totalidade deste. Quando a operação envolve a parte dos bens da cindida em favor de uma ou mais sociedades, diz-se que a cisão é *parcial*; quando envolve todos os bens, a cisão é *total*. Neste último caso, a sociedade cindida é extinta.

Na hipótese dos autos temos o seguinte, os filhos do proprietário da empresa autuada constituíram uma nova sociedade e a empresa do seu pai transferiu a totalidade dos bens para a nova empresa criada por seus filhos e pediu baixa da sua inscrição. Estamos diante de uma situação onde ocorreu uma cisão total que é uma das modalidades de sucessão.

O art.133, prevê que:

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 a data do ato:

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

Resta claro que a atividade desenvolvida pelo autuado continuou a ser desenvolvida pela nova pessoa jurídica o que a torna responsável pelos tributos devidos pelo fundo de comércio até a data do ato. Portanto, se existe a responsabilidade do sucessor, a este poderia ser encaminhada a intimação.

Pelo exposto, em vista da inexistência de vício na intimação, afasto a nulidade declarada pela 1ª Instância, devendo o presente PAF retornar à 1ª JJF para realização de um novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para reformar a Decisão Recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 206921.0007/01-8, lavrado contra **DEPÓSITO DE MATERIAIS PARA CONTRUÇÕES ABAETÉ LTDA.**, devendo o PAF retornar ao órgão prolator da Decisão Reformada para apreciação das razões de mérito.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ