

PROCESSO - A.I. Nº 055862.0029/02-5
RECORRENTE - A. M. ROCHA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0075-04/03
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 23.07.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-11/03

EMENTA: ICMS. 1. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não restou comprovada a saída da mercadoria constante no estoque final posto que não houve encerramento de atividades, e sim, sucessão de empresas conforme se constata nos documentos apensados na peça recursal. A legislação excetua a antecipação do lançamento e pagamento do imposto relativamente ao estoque final existente no encerramento das atividades do estabelecimento que for sucedido por outra empresa. Logo, não há ocorrência do fato gerador do ICMS em se tratando de sucessão. Trata-se de hipótese de não incidência a operação interna decorrente da transmissão de propriedade de estabelecimento comercial, havendo continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, em caso de sucessão “*inter vivos*”, tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão Recorrida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Valor apurado no cotejo entre o imposto declarado nas DMAs e o efetivamente recolhido. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração comprovada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, face à Decisão de 1ª Instância que considerou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão nº 0075-04/03, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo o sujeito passivo com respaldo

no art. 169, I, “b” do RPAF/99, apresentado as razões recursais, tempestivamente, por não se conformar com o referido julgamento.

A acusação fiscal exige o imposto no valor de R\$32.666,32, decorrente das seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$28.531,59, relativo a mercadorias existentes no estoque final, estando devidamente escriturado no Livro Registro de Inventário, quando do encerramento de suas atividades;
2. falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, relativo a operações escrituradas no livro fiscal próprio (Registro de Apuração do ICMS), nos meses de dezembro/00, fevereiro/02, março/02 e maio/02, no valor de R\$443,50;
3. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, concernente às mercadorias adquiridas em outros Estados, relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$3.691,23; relativo aos meses de dezembro/98 e janeiro e novembro de 1999.

O julgamento da Decisão recorrida fez referência à não apresentação de argumentos defensivos pelo autuado quanto aos itens 2 e 3 em que teria havido o reconhecimento tácito.

Relativo ao item 1, considerou que o contribuinte se equivocou ao contestar a irregularidade argumentando como se fosse acusado de omissão de saídas e chegou admitir a existência de uma diferença, porém, em valor inferior ao da autuação. Mas, entende que a descrição é clara de que se trata de falta de recolhimento do imposto, referente às mercadorias constantes do estoque final, em razão do encerramento das atividades da empresa.

Considera que o autuado ao se defender da acusação, se limitou, apenas, a citar os valores das compras e das vendas do período, e alegou sem, contudo, apresentar comprovação ou demonstrativo que pudesse elidir a acusação, e que o próprio autuado admitiu existência de erros na escrituração em que teria resultado em omissão de saída, mas, em valor inferior ao exigido na autuação.

Assevera que a autuação está respaldada em farta documentação, citando o demonstrativo de fl. 9 e cópias do livro Registro de Inventário fls. 31 a 91 dos autos. Cita a legislação que determina a cobrança do imposto, por ocasião do encerramento da atividade, sobre o estoque final existente (art. 2º, §1º do RICMS/97 e art. 352, §2º, inciso VII do mesmo regulamento), ao tratar da substituição tributária por antecipação, quando do encerramento da atividade.

Justificou, ainda, porque o autuado não tinha direito ao crédito argüido na impugnação e vota pela Procedência do Auto de Infração, sendo unânime o julgamento e demais membros da Junta de Julgamento Fiscal acompanharam o voto do relator.

O contribuinte apresentou o Recurso Voluntário, não se conformando com a Decisão ao tomar ciência da mesma, conforme o AR fl. 135 dos autos, apresentando a peça recursal tempestivamente onde argúi Nulidade dos atos processuais por cerceamento de defesa.

Alega que o preposto fiscal não observou os “procedimentos mínimos e indispensáveis a eficácia do ato administrativo fiscal, por que a ação fiscal ocorreu no escritório do contador, responsável pela escrituração da empresa ora recorrente e o Auto de Infração foi lavrado sem que o autuado tivesse conhecimento. Prossegue alegando que não foi notificado para apresentar defesa na forma prevista no art. 39, inciso VII do RPAF/99, e que somente em 07/05/03 é que tomou conhecimento da existência do Auto de Infração e dos procedimentos administrativos inerentes ao mesmo, alegando que não efetuou defesa administrativa e que seria falsa a assinatura constante da defesa acostada aos autos.

Cita o conteúdo do arts. 2º e 3º do RPAF/99, e ainda a regra inserta no art. 4º que trata da legitimidade postulatória.

Assevera que se trata de falsificação da assinatura do recorrente e diz que sequer foi assinado pelo representante legal do autuado, e por isso considera que estaria demonstrada a existência de vício insanável.

Argúi, ainda, o incidente de falsidade documental, requerendo que seja realizada perícia técnica para aferir a assinatura da defesa apresentada em nome do autuado, e a sua assinatura, pois nega que tenha assinado e que tenha delegado para que outra pessoa agisse em seu nome, e assim que se declare Nulo todos os atos do processo administrativo para que se reabra o prazo para o oferecimento de defesa.

Suscita preliminar de nulidade sob o fundamento de que a narrativa é imprecisa, incerta e impossibilita a realização de qualquer tipo de defesa técnica a respeito do que lhe foi imputado, e transcreve decisões na esfera administrativa fiscal concernente ao que alega. Pede, por fim, a Nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/99 e art. 28, inciso III e V do mesmo Diploma Legal.

Quanto ao mérito, diz que as infrações imputadas no valor mais significativo se refere à falta de recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes do estoque final, quando do encerramento das atividades, mas que se trata de erro técnico/contábil cometido pelo profissional contratado para promover a alteração do tipo de sociedade, porque não houve encerramento de atividade e sim uma substituição de uma sociedade mercantil por outra, porque o autuado que era uma firma individual, e alterou para empresa por cota de responsabilidade e que o fundo de comércio era o mesmo. Diz que todo o estoque existente foi transferido, em face da nova razão social.

Faz juntada dos contratos sociais, onde a firma individual sucede a outra responsabilidade limitada no fundo de comércio, e ambas possuíam o mesmo nome de fantasia “Machado Material para construção”.

Alega ainda que o Auto de Infração faz constar o endereço que é o mesmo da firma sucessora, o que demonstra que houve transferência para a mesma que permaneceu no mesmo endereço e também com o mesmo fundo de comércio. Argumenta que exigir o imposto nesta situação estaria caracterizada bitributação.

Conclui requerendo reforma de Decisão para que se decrete a Nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS exarou Parecer à fl. 153, onde em breve síntese faz um relato do processo e considera que devem ser rejeitadas as alegações de Nulidade porque o Auto de Infração foi lavrado após um procedimento regular de fiscalização e a empresa foi intimada na pessoa do seu contador. Acrescenta que pela assinatura da defesa não conduz a uma falsificação como argúi o recorrente, pois entende que muito se assemelha a assinatura do representante legal, como consta nas cópias do novo contrato social acostados aos autos.

Assevera que se a falsificação da assinatura existiu, carece de provas contundentes pelo autuado, uma vez que a defesa apresentada não interessava a ninguém mais além do autuado e em nada prejudicou o deslinde da questão.

No mérito, entende que as alegações de sucessão estão corretas, mas a empresa autuada não logrou êxito em comprovar o quanto alegado, qual seja, o recebimento da empresa sucessora do valor relativo ao fundo de comércio da sucedida, e a conseqüente tributação. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente analisando a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, de cerceamento a defesa, sob o argumento de que não foi notificado para apresentar defesa na forma prevista no art. 39, VII do RPAF/99, verifico que a alegação do recorrente não prospera diante da falta de demonstração do recorrente da existência do prejuízo. Ademais, a confrontação da assinatura da peça defensiva (fl. 96) com a assinatura das cópias do novo contrato social acostado aos autos às 144 e 145, em muito se assemelham, com o que concordo com o opinativo da representante da PGE/PROFIS à fl. 153 dos autos.

Outra razão para não acolher a alegação de nulidade, é que a defesa foi apresentada tempestivamente, não acarretando prejuízo para o autuado que não logra provar que houve falsidade na assinatura da peça de impugnação. Deste modo, indefiro o pedido de perícia técnica da assinatura constante na defesa apresentada, porque entendo desnecessária, em vista de que justifiquei acima, qual seja: confrontando a assinatura da defesa com outros documentos assinados pelo autuado, verifico que a semelhança das assinaturas me leva a concluir que se trata da mesma, e não trouxe o recorrente uma prova mais concreta das suas alegações. De fato, a ciência do Auto de Infração foi assinada por Simone Silva Leite e, consta que se trata de preposto ou contador da empresa. Contudo, em relação a assinatura da defesa pelas razões expostas acima, afasto a preliminar suscitada.

Quanto à 2ª preliminar argüida, de que faltariam ao Auto de Infração os requisitos de validade, também fica rechaçada a nulidade, porque o Auto de Infração contém a descrição das infrações, o seu enquadramento legal e está acompanhado do demonstrativo de débito tributário, discriminado em relação a cada infração, conforme às fls. 9 a 13 dos autos, consoante determina o art. 39, incisos III, IV e V do RPAF/99.

Relativamente ao mérito, verifico que não obstante o recorrente mencione três infrações imputadas no lançamento em questão, concentrou seus argumentos apenas no item 1, que se refere à parcela mais significativa, qual seja a acusação de falta de recolhimento do ICMS relativo a mercadorias constantes de estoque final, quando do encerramento de suas atividades. O recorrente demonstrou que não se tratava de encerramento de atividade, e sim de transformação de uma firma individual em uma sociedade por cota de responsabilidade, onde o fundo de comércio permanecia o mesmo, e todo o estoque fora transferido para a nova razão social.

Observo que consta nos autos, à fl. 146, o Documento de Informação Cadastral – DIC, onde foi feita a alteração de endereço em 23/08/01, para a Avenida Adolfo Moitinho, Casa 447, Centro – Irecê. O Auto de Infração em questão foi lavrado indicando o endereço como sendo Rua Antonio Otaviano Dourado, nº 202 – Centro, inclusive consta no AR, fl. 131, enviado para esse endereço que o autuado não foi encontrado por motivo de ter mudado de local.

Após a intimação com o endereço da representante legal da empresa, a mesma tomou ciência da Decisão da 1ª Instância.

Verifica-se no Contrato Social acostado nas razões de Recurso Voluntário que a empresa terá a sede no endereço da firma sucessora MACHADO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO DE IRECÊ LTDA.

A PGE/PROFIS entendeu que as alegações da sucessão estavam corretas, mas conclui que o recorrente não logrou em comprovar o quanto alegado, ou seja, que a empresa recebeu da sucessora o fundo de comércio.

Ocorre que acerca da responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela empresa sucedida, o art. 132 do CTN preconiza que 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. E o Parágrafo único do citado artigo prevê a aplicação do disposto nesse artigo aos

casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual.

Assim, a regra citada se aplica ao caso *sub examine*. E como se vê a documentação acostada pelo recorrente, a empresa sucessora é “MACHADO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO DE IRECÊ LTDA.” conforme o contrato social, às fls. 143 e 144 dos autos, e a sucedida, a firma individual A. M. ROCHA.

Entendo que a sucessão está caracterizada, e conforme determina o art. 2º, §1º do RICMS/97, encerramento de atividade decorrente de sucessão não se verifica a ocorrência de fato gerador de ICMS, e o art. 352, §2º, inciso VIII, ao estabelecer a antecipação do ICMS na hipótese de encerramento de atividade relativamente ao estoque final, excetua a hipótese de se tratar de sucessão, que é caso em tela.

O caso *sub-examine* configura hipótese de não incidência de imposto é previsto no art. 3º, inciso XI, “b” da Lei nº 7.014/96, art. 3º, inciso VI da Lei Complementar nº 87/96 e ao teor do art. 6º, inciso XI, “b” do RICMS/97, que repete literalmente a Lei do ICMS nº 7.014/96, *verbis*:

Art. 6º - O ICMS não incide nas seguinte situações:

Inciso XI – Operação interna de qualquer natureza decorrente da transmissão da propriedade do estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência:

Alínea “b” – Em caso de sucessão “inter vivos”, tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação fusão ou cisão.

Por todo acima exposto, com devida *venia*, discordo em parte do opinativo da PGE/PROFIS, e considero que o recorrente com a juntada da cópia da alteração cadastral, comprova que se trata de sucessão. Ademais, a atividade da sucessora é a mesma da sucedida como se vê da documentação carreada aos autos.

Neste sentido, modifico a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, pois o item 1 é Improcedente, assim voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 055862.0029/02-5, lavrado contra A. M. ROCHA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.134,73**, sendo R\$3.774,60, atualizado monetariamente, acrescido das multas 50% sobre R\$83,37 e 60% sobre R\$3.691,23, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a”, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais o valor de R\$360,13, acrescido da multa de 50%, previsto no art. 42, I, “a”, da citada lei, e demais acréscimos legais.

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

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS