

PROCESSO - A. I. Nº 020086.0025/03-1
RECORRENTE - JOSIEDA SOUZA MARQUES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 2^a JJF Nº 0044-02/04
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 06.05.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0069-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. MATÉRIA SOB CONSULTA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Trata- se de matéria sob consulta, cuja questão não restou definitivamente decidida. Acolhimento de preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado JOSIEDA SOUZA MARQUES, tendo em vista a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal – JJF que declarou Procedente o Auto de Infração Nº 020086.0025/03-1, lavrado em 05/11/2003, para exigir ICMS no valor de R\$15.340,70, acrescido da multa de 60%, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo a saídas de mercadorias tributáveis existentes em seu estoque, efetuadas como transferência com a emissão de documentos fiscais sem destaque do imposto, apuradas mediante entrega da DME.

O autuado apresentara defesa tempestiva às fls. 12 a 14 do PAF, com alegação preliminar de nulidade, porque se trataria de caso típico de incorporação, situação de não incidência do ICMS, com amparo no art. 6º, XI, “b” do RICMS/97, já que a empresa individual JOSIEDA SOUZA MARQUES tivera sua inscrição baixada na JUCEB, e teria sido sucedida pela empresa Comercial de Móveis Marques Ltda., registrada na JUCEB em 02/02/2003 com o capital de R\$30.000,00 sendo 10.000 cotas, no valor de R\$10.000,00, representadas pelo acervo da empresa individual Josieda Souza Marques.

Dissera que ao solicitar à SEFAZ a alteração cadastral da empresa individual Josieda Souza Marques para a Comercial de Móveis Marques Ltda. fora informado que o sistema informatizado da SEFAZ só efetua a alteração se providenciada a baixa da empresa mais antiga. Por isso, no dia 25/07/2003 solicitara a baixa e a inscrição das duas empresas, concomitantemente, ocasião em que a SEFAZ exigira para deferir a baixa, o pagamento do ICMS sobre o estoque do autuado.

Citara o art. 62 do RPAF/99, argumentando que o Auto de Infração seria nulo, considerando que a matéria fora objeto de consulta, porque a empresa dita sucessora formulara consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação, uma vez que o autuado já houvera pedido baixa.

No mérito, o autuado alegara que a incorporação é caso de sucessão, estando incluída dentre as hipóteses de não incidência do ICMS, que a empresa sucessora continuara exercendo a atividade sem solução de continuidade, além de o estoque remanescente estar representado pelas 10.000 cotas integralizadas pela sócia Josieda Souza Marques.

Por fim pedira que o Auto de Infração fosse considerado nulo ou improcedente, por inexistência de provas e fundamentação legal que o sustentasse.

O autuante apresentara informação fiscal às fls. 27 e 28, com anexos às fls. 29 a 44, mantendo o Auto de Infração, dizendo que em 25/07/2003 o autuado apresentara DME constando o inventário de estoque final no valor de R\$245.451,13, tendo protocolado pedido de baixa da empresa sem comprovar o respectivo pagamento do imposto incidente. Que na mesma data fora apresentado pedido de inscrição estadual de uma nova empresa, a Comercial de Móveis Marques, citando constar do contrato social que a sócia Josieda Souza Marques integralizava 10.000 cotas com o acervo de sua empresa individual.

O autuante dissera ter vislumbrado manipulação, porque o estoque final totalizava R\$245.451,13, e a sócia Josieda só integralizara R\$10.000,00 do capital da nova empresa, que era de R\$30.000,00. Dissera, também, que em 01/08/2003 a nova empresa solicitara alteração da condição de normal para EPP, obtendo deferimento, e em 17/11/2003 a nova empresa Comercial de Móveis Marques Ltda. protocolara pedido de inscrição de “depósito fechado” anexando contrato da JUCEB, constando saída da sócia Josieda Souza Marques, pelo que entendera provada manipulação para não pagar o ICMS incidente sobre o estoque final, e que nos termos do art. 123 do CTN, não são permitidas convenções particulares que interfiriam modificando a definição de sujeito passivo das obrigações tributárias. Finalizara a informação fiscal pedindo a procedência do Auto de Infração.

Em seu voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando ratificado o imposto lançado apenas no valor de R\$7.670,35, demonstrado à fl. 5 e lançado à fl. 9 do PAF, uma vez que fora consignado em duplicidade na folha inicial do Auto de Infração, o relator do processo no julgamento de 1ª Instância rejeitara a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente porque a mencionada consulta não fora formulada pelo autuado, e sim, pela empresa Comercial de Móveis Marques Ltda. IE 59.960.650-NO não fora reconhecido efeito de consulta ao processo, em decorrência de ação fiscal que guarda relação com a matéria questionada, tendo sido, portanto, considerada ineficaz, nos termos do art. 61, do RPAF/99, não se aplicando ao caso em exame, o art. 62 do citado Regulamento.

No mérito o relator considerou que não ficara comprovada de forma inequívoca nos autos a transferência de mercadorias para outro estabelecimento em decorrência de incorporação. Por isso, entendeu que é devido o pagamento do imposto relativo ao estoque final, na forma prevista pelo art. 125, VI, do RICMS/BA, e que estava caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, haja vista que se considera saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades e que no caso em exame ficara caracterizado que houve integralização pela sócia Josieda Souza Marques de 10.000 cotas, no valor de R\$10.000,00 “representada pelo acervo da empresa individual, Josieda Souza Marques”, o que não significava necessariamente que foram transferidas mercadorias, ressaltando-se que o valor do estoque final consignado na DME à fl. 7, do PAF é de R\$245.451,13, inexistindo nos autos qualquer comprovação quanto à venda de qualquer parte dessas mercadorias e o consequente pagamento do imposto devido.

Em seu recurso o ora recorrente protesta veementemente pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada na defesa, e contra o entendimento do relator de que a consulta fora ineficaz nos termos do art. 61 do RPAF, não se aplicando ao caso o disposto no art. 62 do mesmo regulamento. Insiste o recorrente no argumento de que apresentara consulta antes do procedimento fiscal, embora feita pela empresa que diz ser sucessora.

No mérito alega que o autuante não comprova ter havido manipulação para não pagar o ICMS. Afirma que foram seguidos rigorosamente os procedimentos legais impostos para operações dessa natureza, com orientação da própria inspetoria fiscal à qual está o autuante vinculado. Assegura que

a transferência das mercadorias efetivamente ocorreria. Por isso repetiu o pedido de nulidade ou de improcedência do Auto de Infração.

A dnota representante da PGE/PROFIS manifestou-se pela rejeição da preliminar de nulidade face a declaração de ineficácia da consulta e quanto ao mérito também rejeita as alegações, posto que o contrato social relativo à nova empresa formada se refere à integralização representada pelo acervo da empresa individual, o que poderia ser qualquer bem e não o estoque de R\$245.451,13.

VOTO

Observando que a data de interposição da consulta foi o dia 29/10/2003 e que não consta do processo a data de início da ação fiscal e, considerando ainda que a data do Auto de Infração foi o dia 05/11/2003, entendo que a consulta não foi interposta após o início da ação fiscal, não sendo portanto ineficaz, como consta do parecer da GECOT à fl. 43 do Processo. Consultando o sistema CPT de controle de processos de consulta da SEFAZ, observei que a consulente interpôs Recurso Inominado ao qual foi apensado o processo de consulta original.

A realidade material demonstra que a empresa JOSIEDA SOUZA MARQUES, destinou todo o seu estoque, a título de transferência, para a nova sociedade, como integralização de capital, visto que indica em cada documento fiscal ser operação sem incidência do imposto, conforme disposto no inciso XI do art. 6º do RICMS. A indicação no contrato social da nova empresa de que a integralização da sócia Josieda Souza Marques era representada pelo ACERVO da empresa individual implica, do ponto de vista do Direito Comercial, na incorporação da empresa extinta, pela nova empresa.

Por isso acolho a preliminar de nulidade e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, para que decidida a questão sob consulta, possa o procedimento ser novamente efetivado, extreme de vícios formais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida, e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 020086.0025/03-1, lavrado contra **JOSIEDA SOUZA MARQUES**.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros – César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco e José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTO VENCIDO: Conselheiros – Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

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

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*