

A. I. N° - 110427.0024/05-5
AUTUADO - UNIROUPAS UNIÃO INDUSTRIAL DE ROUPAS LTDA.
AUTUANTES - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 22/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0261-05/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. DIVERGÊNCIA ENTRE A SOMA DOS VALORES DOS CUPONS FISCAIS E OS LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Infrações admitida pelo sujeito passivo tributário. 3. ESTOQUE FINAL. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. VENDAS AONOVO TITULAR COM CONTINUIDADE DA MESMA ATIVIDADE COMERCIAL. Ficou comprovado que se trata de sucessão, onde a responsabilidade tributária cabe a sucessora. Infração não caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A entrada de bens ou mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração elidida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração subsistente. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada e não contestada. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2005, exige ICMS no valor de R\$22.765,21 acrescido das multas de 60% e 70%, sob as seguintes acusações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (julho de 2002; dezembro de 2003; junho e agosto de 2004) – R\$327,74;

2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por substituição tributária - calçados (abril, agosto, setembro e dezembro de 2003; janeiro, abril, maio, junho, agosto e setembro de 2004) - R\$945,34;
3. Recolhimento a menos do imposto em função de divergências entre os documentos fiscais emitidos através de ECF e os lançamentos no livro Registro de Saídas (fevereiro de 2004) - R\$46,41;
4. Falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas – Notas Fiscais de nº 102, 103, 104, 105 e 106 (setembro de 2004) – R\$16.410,32;
5. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (dezembro de 2000, 2003 e 2004) – R\$3.277,59;
6. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (maio e junho de 2000). – R\$244,21;
7. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento (maio a julho, setembro, novembro e dezembro de 2000; dezembro de 2001; julho e agosto de 2002; fevereiro e novembro de 2003; junho e agosto de 2004) – R\$489,90;
8. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras unidades da Federação (abril, maio, junho, agosto e setembro e 2004) – R\$1.023,70.

O autuado (fls. 54/62) em sua manifestação contestou, inicialmente, a forma como lhe foi dada ciência do Auto de Infração, entendendo que não foram atendidos os requisitos mínimos exigidos pelo processo administrativo fiscal. Disse que tomou conhecimento do Auto de Infração através de um telefonema de uma funcionária da empresa que hoje se encontra estabelecida no mesmo endereço de sua antiga filial. Os documentos aceitos por esta foram encaminhados ao seu estabelecimento no Espírito Santo. Entendeu que formalmente ainda não havia tomado ciência do Auto de Infração.

Confessou, em seguida, o cometimento das infrações a ele imputadas de nº 1, 2, 3 e 8, informando que estaria recolhendo o tributo com redução da multa de 80%.

Contestou em sua totalidade a infração 4. Disse ser filial de uma indústria de confecção de roupas masculinas as quais comercializava no estabelecimento autuado. Por estratégia de comercialização, resolveu sair do mercado deste Estado. Por isto, identificou candidato que adquiriu o estabelecimento, inclusive com todo o estoque, continuando com a mesma atividade comercial e no mesmo endereço. Assim estava completamente configurada a transferência de propriedade do estabelecimento comercial nos moldes do art. 3º, da Lei Complementar nº 87/96. Nesta exposição, transcreveu o art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96 e art. 6º, XI, do RICMS/97 para afirmar que estas normas, hierarquicamente inferiores a Lei Complementar, seguem as suas determinações, ou seja, não incide o imposto na operação realizada e autuada.

Em relação às infrações 5 e 7, as entendeu parcialmente devidas e, totalmente indevida a infração 6, com base no mesmo motivo. Disse que nelas se encontravam presentes todos os requisitos legais para a prescrição e decadência da exigência do tributo. Observou que o art. 24, da Lei nº 7.014/96 determina que o ICMS deva ser apurado por período mensal. Esta regra se encontra também inserta no art. 114, do RICMS/97 e que a norma expressa no seu art. 965 entrava em conflito com o que estabelece a lei. E, com base na legislação nacional e jurisprudência firmada,

em caso de conflito, deve o julgador aplicar a regra mais favorável ao contribuinte e atentar para o comando do art. 174, do CTN.

Com este raciocínio afirmou que todo o imposto cobrado no exercício de 2000 não poderia subsistir. Quanto àquele referente a dezembro de 2000, de igual forma se encontrava na mesma situação exposta, pois a intimação para ciência do Auto de Infração somente foi expedida em 16/1/2006 e até esta data não teve conhecimento formal da autuação conforme anteriormente relatado.

Para corroborar toda a sua explanação, invocou as determinações do art. 2º, I, do RICMS/97 afirmando que o fato gerador do imposto ocorre no momento das saídas das mercadorias.

O autuante em sua informação (fls. 84/87) discordou das alegações de defesa em relação à infração 4, já que não houve transferência de propriedade do estabelecimento. O fato se tratou de uma baixa de filial e o início de uma nova empresa, com novo contrato social, outra inscrição estadual, outro CNPJ, outro contrato de locação e outra razão social. Ressaltou que a empresa dita sucessora apenas adquiriu parte dos estoques do sujeito passivo tributário.

Esclareceu que por ocasião do encerramento das atividades do autuado, em 17/9/2004, parte das mercadorias em estoque foi transferida para outro estabelecimento de sua propriedade no Estado do Espírito Santo, regularmente tributada (Nota Fiscal nº 105 no valor de R\$60.548,50) e parte foi vendida à empresa que se instalava no mesmo local (Notas Fiscais nº 102/104 no valor de R\$97.713,07), cujos documentos se encontram devidamente escriturados no livro Registro de Saídas (fls. 31/32) com natureza da operação de vendas. Assim, não restou caracterizada a transferência de propriedade do estabelecimento comercial.

Quanto ao argumento de decadência e prescrição do imposto referente ao exercício de 2000, com base no art. 173, do CTN, manteve o procedimento fiscal.

Informou que a empresa encontra-se desativada, que requereu baixa de sua inscrição estadual, não tendo representante no Estado da Bahia. Além do mais, o sócio com endereço neste Estado não foi localizado para entrega de cópia do Auto de Infração.

Observou, ainda, que o autuado foi intimado para apresentar os livros e documentos fiscais em 10/11/2005, o Auto de Infração foi lavrado em 26/12/2005 e que após a intimação, não foi mais encontrado pelo fisco qualquer representante do estabelecimento.

Está anexado aos Autos às fls. 92 e 93 os comprovantes de pagamentos extraídos do SIDAT – Sistema de Informações da Administração Tributária e do Sistema INC – Informações do Contribuinte.

VOTO

O autuado apresentou defesa através de sua matriz, situada no Estado do Espírito Santo.

Em preliminar, entendeu que não foi formalmente intimado para ciência do Auto de Infração já que somente recebeu esta comunicação após telefonema de uma ex funcionária que possuía uma empresa localizada no ponto do estabelecimento autuado, cujas atividades estavam encerradas, e esta enviou para a matriz cópia do Auto de Infração.

Não comungo com o entendimento do impugnante. Observo, primeiramente, que a empresa, nesta Secretaria de Fazenda, estava em processo de baixa. Em sendo assim, o autuado tinha conhecimento, diante da norma legal, de que se encontrava sob fiscalização, inclusive, seu representante legal, depois não mais encontrado conforme informação do autuante, entregou ao fisco os livros e documentos fiscais. Não indicou à esta Secretaria qualquer outro endereço para comunicação. E, a partir do momento em que foi comunicado para tomar ciência do Auto de Infração, via AR, conforme comando do art. 109, II, do RPAF/99, sendo o mesmo recepcionado, a

ciência se efetivou. Como informado, o autuante não encontrou qualquer representante da empresa para tomar ciência, pessoalmente, da ação fiscal. Além do mais, poderia existir problema se a empresa não tivesse se defendido no prazo legal. Isto não aconteceu. Portanto, a intimação feita pelo fisco obteve o resultado a que se prestava, ou seja, o autuado se defendeu, exercendo em sua plenitude o seu direito de defesa.

O impugnante trouxe como nulidade a ação fiscal em relação às infrações 5 e 7 (parcialmente) e à infração 6 (totalmente) que para o exercício de 2000 todos os requisitos legais à prescrição e decadência da exigência do tributo se encontravam presentes, diante das determinações do art. 174, do CTN, já que o ICMS é apurado por período mensal.

Não existe qualquer discordância de que o ICMS é imposto apurado por período mensal, sendo seu lançamento de responsabilidade do sujeito passivo, ficando sujeito a posterior homologação pela autoridade fazendária. E a ação para cobrança prescreve em cinco anos contados da sua data de constituição definitiva (art. 174, do CTN). A matéria em discussão neste assunto não se prende. O que está em questão é o prazo em que ocorre a prescrição ou decadência para sua exigência. Neste caso existem duas regras a serem seguidas, e determinadas no CTN. A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN pressupõe as situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. E, o § 4º deste artigo expressa que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se pronuncie, considera-se homologado o lançamento efetuado e extinto o crédito tributário. Entretanto não é a regra a ser considerada. A regra a ser seguida é aquela prevista no art. 173, I, do CTN, já que o Código Tributário do Estado da Bahia (art. 107-A, da Lei nº 3.956/81) prevê prazo à homologação, ou seja, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ressalto que a incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN aqui não pode ser aplicada, já que não houve a antecipação do pagamento do imposto antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso presente, o lançamento foi de ofício. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 1/1/2001, com prazo final em 31/12/2005. O lançamento ocorreu em 19/12/2005. Não há o que se falar em prescrição ou decadência do crédito tributário.

O autuado ainda alegou que, como somente tomou conhecimento, informalmente, do Auto de Infração em janeiro de 2006, o imposto exigido e referente aos fatos geradores de dezembro de 2000, de igual forma, não mais poderia ser exigido. Esclareço, inicialmente, que a norma legal acima exposta, também incluiu o imposto cobrado no mês de dezembro de 2000. Além do mais, entendo que sem a notificação do sujeito passivo, qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento não desencadeará qualquer efeito jurídico, pois sem dar conhecimento ao contribuinte do ato de lançamento, a exigibilidade do crédito não será efetivada. A cobrança do tributo, quer administrativa quer judicialmente, só se concretiza com a notificação, já que ninguém pode ser convocado a pagar uma dívida sem a prévia notificação. Entretanto, a constituição do presente crédito tributário, realizada conforme dicção do art. 142, do CTN, antecedeu a fase da exigibilidade. Neste sentido, comungo com o entendimento externado pelo nobre julgador desta 5ª JF, Dr. Cláudio Meirelles Matos, no Acórdão JF N.º 0227-05/06, quando assim se pronunciou: *O lançamento de ofício se torna formalmente perfeito e acabado com a anuência da autoridade fazendária, ou seja, com o registro do auto de infração na repartição fiscal competente. É desse modo, um procedimento de iniciativa da autoridade administrativa competente, independentemente da colaboração do contribuinte, conforme art. 142 do CTN. Em sendo assim, tem-se que o lançamento de ofício possui efeito declaratório positivo, anunciando a existência de uma obrigação do contribuinte para com o fisco. Esta obrigação passou a ser plena desde o dia 29/12/2005, data da lavratura do auto de infração em epígrafe. Afasto, portanto a arguição suscitada indiretamente quanto à nulidade pela ciência após o fim do exercício de*

2005, para os fatos geradores ocorridos em 2000. No caso em lide ela também foi feita antes de expirado o prazo que seria em 31/12/2005.

Por fim, ressalto ser esta a posição sedimentada deste Colegiado através de diversas decisões já prolatadas.

Passo ao mérito das infrações acusadas ao sujeito passivo tributário.

As infrações 1, 2, 3 e 8 foram confessadas pelo autuado. Aquelas apontadas como de números 5 e 7 foram impugnadas parcialmente. A de número 6, impugnada totalmente. Nesta impugnação, não houve discussão de mérito, somente à matéria acima comentada, ou seja, a respeito do prazo prescricional do lançamento do imposto referente ao exercício de 2000. Conforme posição já externada quanto à questão, não havendo discussão de mérito e estando o lançamento fiscal perfeitamente acabado, não há mais lide a ser discutida. Mantenho as infrações apuradas e ora em análise, as identificando e indicando os valores do ICMS a ser exigido.

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$327,74;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por substituição tributária - R\$945,34;
3. Recolhimento a menos do imposto em função de divergências entre os documentos fiscais emitidos através de ECF e os lançamentos no livro Registro de Saídas - R\$46,41;
5. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas – R\$3.277,59;
6. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$244,21;
7. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento – R\$489,90;
8. Falta de recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação – R\$1.023,70.

A única contestação de mérito se prende à infração 4, que trata da falta de recolhimento do imposto em razão da empresa autuada ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (Notas Fiscais de nº 102, 103, 104 e 106, emitidas em setembro de 2004). A acusação se refere à falta de recolhimento do ICMS relativo a mercadorias constantes de estoque final, quando do encerramento de suas atividades.

O impugnante informou que ao encerrar suas atividades neste Estado, requereu baixa da inscrição estadual de sua filial autuada e transferiu a totalidade de seus estoques para outra empresa que adquiriu o estabelecimento, continuando com a mesma atividade comercial e no mesmo endereço. Desta forma, estava configurada a transferência de propriedade do estabelecimento comercial nos moldes do art. 3º, da Lei Complementar nº 87/96. O autuante discordou deste entendimento, uma vez que a operação foi de venda, embora referente a parte dos estoques existentes quando do encerramento das atividades do autuado e o CNPJ, inscrição estadual e razão social do adquirente eram completamente diferentes. Além do mais, no contrato social das duas empresas não existia qualquer indício de haver a figura jurídica da transformação, incorporação, cisão ou fusão entre as duas empresas, não restando caracterizada a transferência de propriedade do estabelecimento.

Discordo do entendimento do fiscal autuante. O art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96 expressamente determina:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

XI - operações internas de qualquer natureza decorrentes da transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transmissão:

a) a herdeiro ou legatário, em razão de sucessão "causa mortis", nos legados ou processos de inventário ou arrolamento;

b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, o imposto em lide não incide sobre operações internas de qualquer natureza (seja de venda ou não) quando houver transferência da propriedade do estabelecimento havendo continuidade de sua atividade, não expressando de que o novo titular seja pessoa que participe ou participava da extinta sociedade. A Secretaria de Fazenda deste Estado deu à nova empresa constituída no mesmo local novo número no CAD-ICMS. Sua atividade é a mesma do autuado, conforme consulta realizada no cadastro deste SEFAZ e, por último, o próprio autuante confirma que a venda foi de parte dos estoques finais remanescentes.

Em vista do exposto, não posso comungar com os argumentos do autuante e a infração 4 é desconstituída.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$6.354,89, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0024/05-5**, lavrado contra **UNIROUPAS UNIÃO INDUSTRIAL DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.354,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.030,89 e 70% sobre R\$3.324,00, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS – JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR