

PROCESSO - A. I. Nº 206898.0155/06-1
RECORRENTE - IRMÃOS VILAS BOAS & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO UNIÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0431-02/06
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 04/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0324-11/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSFERÊNCIA DE ESTOQUE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado não se tratar de sucessão “inter vivos”, como alega o recorrente, pois não ocorreu continuidade da atividade do estabelecimento pelo novo titular, conforme previsão legal, sendo devido o imposto. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF nº 0431-02/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$3.525,45, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referentes às notas fiscais relacionadas às fls. 05 a 07 dos autos, emitidas no dia 13/06/2005.

Na Decisão recorrida foi esclarecido que as referidas operações, realizadas com emissão de notas fiscais sem o destaque do imposto sob a alegação de não incidência do ICMS, ocorreram em decorrência do autuado ter promovido a venda de todo seu estoque de mercadorias para uma empresa que iniciou suas atividades no mesmo endereço.

Entendem os membros da JJF que a transmissão da propriedade de um estabelecimento comercial jamais poderá ser concebida como uma simples transferência de mercadorias e de acervo, deixando assim ao desabrigo todas as demais inter-relações geradas no mundo jurídico, não devendo ser prescindida de documentação formal específica.

Aduzem que, no caso presente, conforme se depreende da leitura do Instrumento Particular de Constituição da Sociedade Empresária, às fls. 28 a 38 dos autos, ao não se fazer referência alguma à sociedade anterior, verifica-se que, efetivamente, o que ocorrera foi uma mera venda dos estoques e do acervo do estabelecimento autuado, pois o ato formal foi desprovido de qualquer compromisso societário, desobrigando a empresa adquirente a honrar eventuais compromissos advindos da sociedade anterior, prevalecendo, apenas, a tradição na entrega da coisa negociada. Assim concluem que não há que se falar em transmissão de propriedade de estabelecimento comercial e, em consequência, não há que se falar em não incidência do ICMS na forma prevista no art. 6º do RICMS, conforme invocado.

No Recurso Voluntário, às fls. 331 a 338 do PAF, o recorrente alega que a presente autuação considerou como vendidas mercadorias, sem recolhimento do imposto, quando na verdade ocorreu claramente sucessão de empresas, visto que realizou venda da empresa, com transferência de bens, ativos, fundo de comércio, seguida pelo desenvolvimento da mesma atividade praticada antes, no mesmo ponto comercial, mantendo-se a assunção do quadro funcional, não existindo razão para a cobrança do imposto, relativo à transferência de estoques, uma vez que este será naturalmente pago no momento da efetiva realização do fato gerador “VENDA”, nos termos do art. 133, I, do CTN, o qual dispõe 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:

1 – Integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade,

Frisa que nada que tenha sido dito ou escrito, ou ainda omitido, em convenção entre as partes, teria o poder de desconfigurar a sucessão, conforme quis fundamentar a Decisão recorrida, nos termos do art. 123 do CTN, o qual dispõe que:

Art. 123 – Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Cita Acórdão da 5ª JF nº. 0416/00 a respeito de controvérsia idêntica, conforme Ementa a seguir:

EMENTA ICMS. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. SUCESSÃO. Não incide o imposto sobre operação interna relacionada com a transmissão da propriedade de estabelecimento havendo a continuidade das atividades do estabelecimento de contribuinte pelo novo titular. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Por fim, diante de todo o exposto, em respeito a equidade, a condição de ausência de má-fé do contribuinte, bem como às hipóteses no art. 6º, XI, do RICMS, cumulado com art. 133 e 123 do CTN, roga pela anulação do Auto de Infração, por ser inexistente a hipótese de incidência do imposto pretendido.

O Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 343 a 349 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão recorrida, a qual considera correta.

Sustenta que o autuado confundiu estabelecimento comercial com ativos fixos da empresa, concluindo com a idéia de que houve a transmissão de propriedade do estabelecimento comercial, quando, na verdade, o que restou apurado foi a venda de mercadorias do estoque da empresa.

Destaca que estabelecimento comercial é um complexo de bens corpóreos e incorpóreos que servem de instrumento a consecução da exploração de determinada atividade, o que contrapõe a alegação do autuado de que houve a transmissão da propriedade do estabelecimento comercial, haja vista que o próprio, às fls. 169, indica o que de fato foi transmitido, ou seja, ativos fixos da empresa, visto que constituem apenas elementos corpóreos, não caracterizando estabelecimento comercial, por faltar-lhe além dos elementos incorpóreos, os demais elementos materiais que lhe constituem, a saber: o ponto comercial.

Salienta que, como bem aludiu o autuante, a simples transferência de cotas de determinada sociedade empresária não implica na transferência de propriedade, de mercadorias ou de outros bens, pois a titularidade de determinados ativos, pertencem a pessoa jurídica, ao tempo em que é cediço que são elementos constitutivos dela.

Aduz que, em nenhum momento o autuado acostou aos autos contrato de qualquer espécie que viesse a comprovar a transmissão da titularidade do estabelecimento pela nova empresa, a qual dar-se-á por meio de “espectros” formais, subjugados a forma de contrato, nos termos do art. 1245 do Código Civil.

Por fim, ressalta que presentes encontram-se nos autos elementos suficientes que tornam translúcida a existência de operação interna, no mesmo endereço, mas, tais assertivas, por si só, não trazem o acobertamento integral do art. 6º, inciso XI, ao feito, vez que a complementação de sua tipificação não corresponde ao caso, ora em comento, visto que não houve a transmissão de propriedade de estabelecimento comercial, tendo em vista que essa só ocorre quando da transferência da titularidade da empresa. Logo, a posterior saída de mercadoria do estabelecimento, objeto de sucessão, destinada à terceiro é que criará o fato gerador principal, desde que haja continuidade das atividades do estabelecimento, restando possível a incidência do ICMS sobre as mercadorias em questão, haja vista tratar-se apenas, do instituto da tradição.

Assim, o opinativo é de que todos os argumentos já foram analisados em primeira instância, a qual está correta e proferida com embasamento legal, visto que restou efetivamente comprovada a infração, como também, o contribuinte não apresentou qualquer documento novo, ou ainda trouxe fundamentos capazes de elidir a acusação.

VOTO

Da análise da Decisão recorrida e do Parecer da PGE/PROFIS verifico que o entendimento comum é de que não se aplica a não-incidência do ICMS na forma prevista no art. 6º, XI, do RICMS, uma vez que não restou caracterizada a sucessão “inter vivos”, ou seja, não houve a transmissão de propriedade do estabelecimento comercial, tendo em vista que essa só ocorre quando da transferência da titularidade da empresa.

Observo que as notas fiscais, constantes às fls. 47 a 162 dos autos, que as mercadorias foram alienadas do estabelecimento da empresa Irmãos Vilas Boas & Cia Ltda, localizada à Rua Pedro Guimarães, S/N, Cafarnaum (BA), para o estabelecimento adquirente da empresa Cafarnaum Supermercados Ltda, situado no mesmo endereço, cujos documentos fiscais contêm a seguinte informação: “*Não Incid de ICMS Conf. Art. 6º Inciso XI Dec. 6284, Merc Vendida em processo de Sucessão Comercial*”.

Também observo através dos “Dados Cadastrais” da empresa adquirente, à fl. 7 dos autos, que se trata do mesmo estabelecimento do remetente das mercadorias, pois consta como “referência” a seguinte expressão: “ANTIGO SUPERMERCADO UNIÃO”.

Assim, diante do conjunto de tais provas, ao contrário do entendimento do autuante e da PGE/PROFIS, considero que ocorreu, sim, a transmissão de propriedade do estabelecimento comercial e, em consequência, da sua titularidade.

Contudo, apesar de entender que ocorreu a transmissão da propriedade do estabelecimento comercial, ainda assim, vislumbro que não se aplica para as citadas operações de vendas o dispositivo legal da não incidência do ICMS, previsto no art. 6º, inciso XI, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, uma vez que sua tipificação não corresponde ao caso concreto, ora em comento, visto que não houve a continuidade da atividade do estabelecimento pelo novo titular, conforme preceitua a norma legal, pois, observo que a atividade econômica do alienante era “*COMÉRCIO ATACADISTA DE MERCADORIAS EM GERAL SEM PREDOMINA*”, sob código nº. 5191-8/01, consoante documento à fl. 9 dos autos. Já a atividade econômica da nova empresa é de “*COMÉRCIO VAREJISTA DE OUTROS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS NÃO ESP*”, sob código nº. 5229-9/99, conforme documento à fl. 7 dos autos.

Assim, diante de tal constatação, não ficou caracterizada a alegada “sucessão”, o que se torna inaplicável a não-incidência do imposto para as referidas operações e, em consequência, a correta exigência do imposto, objeto do Auto de Infração, sob análise, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206898.0155/06-1**, lavrado contra **IRMÃOS VILAS BOAS & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO UNIÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.525,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS