

A. I. Nº - 298943.0012/08-0  
AUTUADO - AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.  
AUTUANTES - ROBERTO FREITAS BARRETO e MARCILIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
INTERNET 24.11.2010

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0306-05/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos, por diligência fiscal, que o contribuinte liquidou a obrigação com crédito fiscal acumulado em decorrência de exportação de mercadorias desoneradas de ICMS na forma em que o art. 108 do RICMS-BA lhe permitia, atestando-se, ademais, que o procedimento de liquidação da obrigação tributária acusada atendeu ao disposto no § 1º do art. 109 do RICMS-BA. Acusação elidida. **b)** SEM APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Diligência Fiscal comprovou que o procedimento de emitir notas fiscais de entrada e, por conseguinte, anular o débito do imposto, adotado pelo autuado tendo em vista a impossibilidade de cancelamento do documento fiscal já escriturado, está de acordo com a legislação, estando todas as vias das notas fiscais em poder do autuado, sem provas ou indícios de circulação das mercadorias nelas relacionadas. Acusação elidida. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. Provas carreadas pelo contribuinte nas ocasiões da defesa ou trazidas aos autos por conta da diligência da ASTEC comprovam a operação de transmissão da propriedade de estabelecimento industrial entre o autuado e a empresa Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, e como tal não há incidência de ICMS conforme inciso XI do art. 6º do RICMS-BA, que reproduz a norma contida no inciso VI do art. 3º da Lei Complementar nº 87/96. Acusação elidida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO. MULTA. NÃO ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO FISCAL. Infração reconhecida. Preliminares ultrapassadas pela aplicação do art. 155 do RPAF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/12/2008, exige o valor total de R\$5.397.806,85, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$2.321.358,86, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito que diz decorrer de operações de aquisição de matérias primas com ICMS deferido para o momento da entrada no estabelecimento sem ter sido quitado em documento de arrecadação específico, aplicando-se a multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$2.993.853,63 em razão de ter praticado operações de saídas de mercadorias tributáveis como não havendo incidência de imposto, quando alienou seu patrimônio à empresa Taminco do Brasil Com. Ind. Aminas Ltda, empresa que não se enquadra como sua sucessora, aplicando-se a multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$80.375,36 sem a apresentação de documento comprobatório do direito, em razão de operação de devolução de mercadoria de fora do estado, aplicando-se a multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 4. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$1.759,00, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, aplicando-se a multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96. Consta, ainda, que quando do desembaraço de mercadorias importadas recolheu imposto a menos por erro na apuração da base de cálculo;

INFRAÇÃO 5. Multa do valor de R\$460,00, prevista no art. 42, inciso XV-A, alínea “b”, da Lei 7.014/96, por ter dificultado a ação fiscal.

Por meio de representante legalmente constituído, o autuado interpôs defesa às fls. 573 a 599, inicialmente esclarecendo que tem por objeto social a produção e comercialização de gases medicinais e de produtos químicos em geral, a industrialização e comercialização de materiais de solda e ultrassom, a importação e comercialização de equipamentos médicos e hospitalares, dentre outras atividades.

Preliminarmente, argui as seguintes questões:

#### II.1.1. DO PAGAMENTO DE PARCELA DA INFRAÇÃO

Reconhece as infrações 4 e 5, anexando comprovante de recolhimento no valor de R\$3.621,25 (fl. 626);

#### II.1.2. PRECARIEDADE DO LANÇAMENTO POR AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA.

Manifesta-se sobre a nulidade do lançamento em decorrência da falta de tipificação da conduta praticada, arguindo princípios constitucionais tributários como os da estrita legalidade e tipicidade cerrada, entendendo que os fatos autuados não são alcançados por legislação tributária específica e que, portanto, o lançamento apreciado visto à luz do Regulamento do Processo Fiscal da Bahia, não atentou para os princípios previstos em seu artigo 2º, sendo, por isso, nulo como dispõe o art. 18, na medida em que os autuantes não apontam, em relação às infrações 1, 2 e 3, os dispositivos legais supostamente violados.

Aduz que para a Infração 1 o autuante enquadrou a sua conduta nos artigos 91, 92 e 124 do RICMS, cujas hipóteses de incidência não se aplicam ao caso, vez que a autuação versa sobre crédito indevido em decorrência da falta de recolhimento do imposto deferido por meio de guia de recolhimento especial, entendendo deveria ser apontado qual dispositivo legal que determina que o crédito do ICMS deferido está condicionado a que tenha sido recolhido por guia especial, o que acaba por gerar dúvida quanto ao teor do lançamento.

A seguir, argumenta que algo semelhante ocorre em relação à Infração 2, vez que alega que foram infringidos os artigos 2º, 50, 111, inciso I e 124, inciso I do RICMS.

Created with



**nitroPDF professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

dispositivos genéricos que não servem para identificar a suposta infração, vez que os autuantes deveriam apontar qual o dispositivo legal que determina que nas transferências de ativo decorrente da alienação de estabelecimento industrial há a incidência do ICMS, bem como deveriam apontar a alíquota aplicável aos produtos alienados.

Sustenta que melhor sorte não se observa em relação à Infração 3, enquadrada nos artigos 91, 92 e 124 do RICMS, que não vê relação com o fato e os autuantes deveriam ter informado quais dispositivos legais determinam que no caso de “devolução” de mercadorias há a necessidade de emissão de nota fiscal de devolução pelo destinatário, mesmo nos casos de recusa do produto e até mesmo nos casos em que sequer houve a efetiva saída.

Diz que o ato administrativo do lançamento não foi motivado, que não há condições adequadas para a defesa, o que entende já ser suficiente para caracterizar a nulidade do Auto de Infração. Nesse sentido, transcreve doutrina de Lúcia Valle Figueiredo e ementa JJF nº 0360/98 do CONSEF, acrescentando que o lançamento também não informou corretamente a forma de apuração do montante do crédito tributário, contrariando, assim, o disposto no art. 39 do RPAF e que, como se observa do “Demonstrativo do Crédito Tributário”, o imposto supostamente devido foi acrescido de juros de mora sem ter sido informada a base legal para tanto, o que acarreta preterição do direito de defesa a impedindo de realizar seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, impondo-se a declaração de nulidade da autuação.

#### II.1.3. DA FALTA DE LIQUIDEZ DOS DÉBITOS EXIGIDOS POR AUSÊNCIA DE RECOMPOSIÇÃO DA ESCRITA FISCAL

Nesta preliminar, o autuado argui que o lançamento carece de liquidez, uma vez que não foi considerado o saldo credor de ICMS existente no período autuado, dizendo que a glosa dos créditos prevista nas Infrações 1 e 3, bem como a cobrança do imposto da Infração 2, não poderia resultar em exigência de imposto sem a fiscalização efetuar a recomposição da escrita fiscal no período autuado, o que, no seu entender, afronta o art 142 do CTN, devendo o auto ser cancelado.

Quanto ao mérito, alega:

##### II.2.1 – INFRAÇÃO 1

Não concorda com a autuação porque o imposto diferido foi devidamente recolhido por meio de lançamento a débito no livro Registro de Apuração do ICMS.

Diz que em 2005 e 2006 adquiriu da Braskem S.A. matérias-primas com ICMS diferido, conforme art. 343, XIX do RICMS-BA e as encriturou observando o art. 346, § 6º do mesmo regulamento. Entretanto, diante do encerramento do diferimento quando da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, com atenção ao disposto nos arts. 347, inciso I, 108, inciso I, 109, § 1º, todos do RICMS-BA c/c a Instrução Normativa nº 08/1988, apurou o Livro Especial destinado ao registro do Crédito acumulado de ICMS, visando demonstrar que este crédito era suficiente para liquidar o ICMS diferido, conforme documento que anexa. A seguir, lançou no livro Registro de Apuração do ICMS de uso regular: a) a débito, no campo de “outros débitos”, o valor do ICMS diferido devido; b) a crédito, no campo “outros créditos”, o valor do ICMS diferido passível de compensação em atenção ao princípio da não-cumulatividade. Assim, quitou o débito do ICMS diferido, procedimento que entende autorizado pelos arts. 108, inciso I e 109, §1º do RICMS-BA.

##### II.2.2 – INFRAÇÃO 2

Diz que a despeito dos autuantes terem concluído que ocorreu uma transferência do estabelecimento, cobraram o ICMS decorrente de tal operação ao singelo argumento de que o Contrato de Transferência de Negócio celebrado entre a impugnante e a Taminco não produziu efeitos em relação à Secretaria da Fazenda, uma vez que não houve o registro do mesmo na Junta Comercial.

Salienta que, na medida em que se trata de negócio jurídico de r

regra de não-incidência do ICMS para tal operação está prevista

Complementar nº 87/96 e art. 6º, inciso XI do RICMS-BA, os quais trar

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

Esclarece que a despeito do contrato não ter sido registrado na Junta comercial, ele é válido desde a sua constituição e os efeitos da operação foram na Junta devidamente registrados por ocasião do registro dos atos societários da empresa adquirente, não devendo os autuantes fugir da observação do princípio da verdade material, pois, após a transferência dos ativos e passivos ocorreu a paralisação do estabelecimento da impugnante, passando as atividades a serem exercidas pela adquirente no mesmo local.

Informa que notificou a existência deste processo à Taminco e essa empresa firmou declaração e apresentou outros documentos acerca da transação, tais como: i) Contrato Social da Taminco que confirma sede no mesmo endereço do estabelecimento fiscalizado; ii) Lista de clientes da Taminco que confirma aquisição do fundo de comércio na medida em recebeu toda clientela da impugnante; iii) Lista de produtos que comercializa para demonstrar que com a aquisição houve continuidade das atividades industriais da impugnante; iv) Documentos que comprovam a transferência dos empregados da impugnante; v) Aditivo de contrato de utilidades com a Braskem alterando a parte contratante original que é a impugnante; vi) Contratos de limpeza da fábrica da impugnante e da Taminco para demonstrar iguais termos, e; vii) Aditivo de Contrato de serviço de fornecimento de refeição que altera a parte contratante.

Assim, entendendo constatado que a operação autuada foi uma efetiva transferência de estabelecimento, a cobrança mostra-se ilegítima devendo ser cancelada.

#### II.2.3 - INFRAÇÃO 3

Informa que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas visando cancelar as Notas Fiscais de Saídas nºs 19173, 19211, 19339, 19946, 20448 e 20428 indevidamente emitidas nos meses de março, junho e agosto de 2006, já que as mercadorias não saíram do seu estabelecimento, o que se pode comprovar com o fato de todas as vias dos documentos fiscais estarem em seu poder.

Diz que, com base nos esclarecimentos e documentos que apresenta, vê-se que a autuação é equivocada ao apontar que as mercadorias em questão haviam sido “efetivamente” remetidas a contribuinte de outra unidade da Federação, não lhe podendo vedar o direito de anular o débito fiscal que as notas fiscais de saída geraram.

Concluindo a impugnação, requer em ordem de substituição: a) o cancelamento do Auto de Infração; b) julgamento pela improcedência de mérito, e c) reconstituição da escrita fiscal, de forma a serem considerados, como abatimento do imposto devido, os saldos credores do período, bem como (ii) a relevação da multa aplicada na Infração 1 em decorrência da inexistência de prejuízo ao erário.

Os autuantes em Informação Fiscal prestada às fls. 928 a 929, dizem que o pleito de nulidade por ausência de tipificação da conduta praticada não merece guarida, pois se percebe da leitura da peça acusatória que os fatos foram descritos e enquadrados de forma a não ensejar dúvida à autuada.

Quanto ao mérito, diz que a Infração 1 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a documentação comprobatória do direito ao referido crédito. Diz que o autuado usou como crédito fiscal o valor de ICMS deferido de mercadorias que adquiriu e que, indevidamente, quitou com crédito acumulado, contrariando a regra do art. 348, §1º que prevê que o pagamento do ICMS deferido deve ser efetuado mediante documento de arrecadação distinto.

Sustenta que o pagamento do ICMS deferido não poderia se dar com uso de crédito acumulado vez que o autuado sequer possui livro Registro de Apuração para controle de crédito acumulado, conforme as intimações constantes das fls. 10, 11 e 17, e o que o autuado fez foi compensar o valor do ICMS deferido por operações de terceiros, cuja responsabilidade de pagamento lhe foi transferida, com o ICMS das suas próprias operações, misturando o imposto de suas operações com o imposto que lhe é transferido na condição de substituto tributário.

No que se refere à Infração 2 sustenta que a operação de alienação nunca ocorreu com os efeitos fiscais pretendidos e que tal asserti

que tal operação só ocorreu entre as partes e que para ocorrer efeitos em relação a terceiros seria necessário que da alienação resultasse um único estabelecimento e que tal operação tivesse seus atos depositados na Junta Comercial, o que não aconteceu e as duas empresas seguem ativas junto à SEFAZ e Junta Comercial. Assim, entende que ocorreram operações de vendas com incidência tributária.

Em referência à Infração 3, entende equivocado o procedimento adotado pelo autuado, pois a devolução deveria ser procedida com documentos fiscais do destinatário e a defesa não apresentou provas de efetivas devoluções, além dos documentos em questão não se prestarem para gerar crédito, exceto quando acompanhado do comprovante do registro do pagamento realizado em fase anterior ou guia de recolhimento do imposto, o que não foi o caso.

Às fls. 931 a 933 constam extratos SIGAT que informam pagamento das infrações 4 e 5.

Em discussão de pauta suplementar, a 5<sup>a</sup> JJF converteu o PAF em diligência à ASTEC com a seguinte instrução:

*"Em relação à Infração 01:*

1. Verificar se o autuado procedeu a escrita fiscal na forma que afirma, se possuía e apurou o Livro Especial destinado ao registro do Crédito acumulado de ICMS visando demonstrar que este crédito era suficiente para liquidar o ICMS diferido e se assiste razão ao contribuinte a respeito da quitação do imposto diferido;

*Em relação à Infração 02:*

1. Considerando que as cópias dos contratos que se encontram nos autos não contém assinaturas dos pactuantes, verificar existência de originais e intimar o autuado a apresentar provas do efetivo recebimento financeiro da operação de alienação de seu patrimônio incluindo as mercadorias objeto dessa infração;
2. Por não estarem nos autos, intimar o autuado a fornecer comprovação da afirmação constante dos itens 86 e 101 de Defesa (fl.590 e 593), ou seja, que os efeitos da operação que realizou com empresa Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda foram registrados na Junta Comercial por ocasião do registro dos atos societários da empresa adquirente;
3. Verificar se, de fato, toda a atividade da autuada foi encerrada com sua transferência para a compradora através dos contratos que se apresentam nos autos;
4. Perquirir a autuada sobre a falta de baixa no cadastro dos contribuintes na SEFAZ, caso se confirme a extinção de suas atividades com a sucessão empresarial sustentada, inclusive arguindo de qual modalidade de transferência trata o "Contrato de Transferência de Negócio", segundo a legislação brasileira (venda de estabelecimento, fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão);
5. Verificar se, no mesmo local, funcionam a autuada e a Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda;

*Em relação à Infração 03:*

1. Verificar se as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas visando cancelar as notas fiscais de saídas n°s 19173, 19211, 19339, 19946, 20448 e 20428, se todas as vias estão com a autuada sem provas ou indícios de circulação das mercadorias nelas relacionadas;

*Após essas providências, elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso, os autos deverão ser enviados aos autuantes para conhecimento da diligência e devolvidos para o CONSEF."*

A diligência solicitada foi atendida conforme explicitada no parecer de fls. 938 a 944 agregando aos autos as seguintes informações:

Em relação à infração 1:

- a) Trata-se de operação de movimentação de mercadoria acobertada por diferimento de ICMS à luz do inciso XIX do art. 343 do RICMS-BA e que o autuado realizou o recolhimento do imposto diferido por meio de lançamento a débito no livro de Registro de Apuração conforme fls. 156/216 e 628/671;
- b) Atesta que a autuada possuía crédito acumulado decorrente de operações destinadas ao exterior com não-incidência do ICMS, conforme de

- c) Que conforme prevê o art. 108 do RICMS-BA, a obrigação tributária foi quitada com crédito fiscal acumulado;
- d) Que o contribuinte procedeu à liquidação da obrigação tributária atendendo ao disposto no § 1º do art. 109 do RICMS-BA, conforme se observa na documentação acostada às fls. 701/728 e 628/692 do PAF;
- e) Que da análise das documentações acostadas aos autos, entende que o autuado procedeu ao recolhimento do ICMS diferido por meio de lançamento a débito do LRAICMS em total atenção à legislação competente.

EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 2:

Desenvolvendo o trabalho diligencial intimou a empresa para apresentar documentos e informações conforme pedido, pontuadas as respostas na seguinte forma:

1. *Cópias do Contratos de Transferência de Negócio (datado de 29/09/06) e Compra e Venda de Ativos (datado de 23/08/06) celebrados entre a Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda e Air Product Brazil Ltda devidamente assinados pelas partes.*

O autuado alega que, por ocasião da Defesa colacionou às fls. 730/744 a tradução juramentada do “Contrato de Transferência de Negócio”, autenticado por Cartório de Registro Civil. Quanto às vias do contrato assinado redigido em inglês, está aguardando envio de sua matriz no exterior para atender a intimação, mas não obstante, o autuado fez apensar ao PAF (fls. 1031/1038) o Decreto nº 13.609 de 21/10/43 que regulamenta a profissão do tradutor público e interprete comercial, destacando o art. 20, onde reza pela fé pública do tradutor, justificando a não necessidade da apresentação do contrato original.

2. *Fornecer documentação aonde demonstre que os efeitos da operação que realizou com a Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda foram, registrados na Junta Comercial por ocasião do registro dos atos societários da empresa adquirente na forma com alega na manifestação defensiva.*

Sobre essa particularidade, o autuado não apresentou objetivamente documento que demonstrasse o registro na Junta Comercial dos efeitos da operação, porém, colaciona vários documentos em sua Manifestação de Defesa (fls. 589/596) que comprovam a efetivação da operação. Um desses documentos é o livro de Registro de Apuração do ICMS, relativo ao mês de novembro de 2006 (fls. 746/748), sem movimentação, que demonstra encerramento de sua atividade. Ainda nessa perspectiva, com a verificação dos livros de Registro de Apuração do ICMS, exercícios 2005 e 2006, períodos objetos da autuação, é possível ver que o autuado encerra suas atividades em definitivo no mês de novembro de 2006. O Termo de Encerramento do LRAICMS nº 10, ano 2006, acusa a ocorrência de 26 páginas numeradas de 1 a 26, onde o Resumo da Apuração do Imposto do mês de novembro de 2006 é registrado na pg. 25 (fl. 1.029), sendo a fl. 26 o próprio Termo de Encerramento (fl. 1023).

Também o autuado colaciona aos autos à fl. 750, Ofício DRB – Super nº 223/2008 emitido pelo SESI declarando não existir movimentação de empregado a partir da competência 12/2006 para a Air Products Brasil Ltda, bem como, às fls. 751/765, o Extrato de Movimentação Processada do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), do Ministério do Trabalho e Emprego, referente ao Mês DE outubro/2006, demonstra o desligamento de todos os funcionários da Air Products Brasil Ltda.

Diz que, finalizando a perspectiva de apresentação de documentação que demonstre os efeitos da operação que realizou com a Taminco do Brasil, o autuado junta cópia de relatório (fl. 767) extraído do Sistema de Consulta da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, datado de 06/10/2006, onde demonstra o registro do estabelecimento Taminco do Brasil no seu endereço. Também nesse horizonte, o autuado junta às fls. 771/780 cópia do Instrumento Particular de 7ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da Taminco do Br comprova o registro do endereço e objeto social do autuado com a Transferência do Negócio.

3. Apresentas provas documentais do efetivo recebimento financeiro da operação de transferência dos ativos pelo autuado, conforme contrato assinado entre as partes, tipo: comprovantes de pagamentos por transferência financeira, extrato bancário em que esteja registrado o recebimento, escrituras públicas dos imóveis transferidos, etc.

Em relação a este quesito, o autuado apresenta extrato bancário da conta corrente em seu nome, junto ao Banco Santander, que comprova a transferência de R\$58.673.733,10 na data de 29/09/2006 (fl.972). Também apresenta extrato bancário de sua conta junto ao Banco Real, que comprova TED no valor de R\$6.215.698,92 em 15/01/2007 (fl. 974) e, por fim, cópia da Escritura Pública de Compra e Venda firmada entre o autuado e a Taminco do Brasil em 26/08/2006, referente aos imóveis decorrentes da operação de Transferência do Negócio (fls. 977/982).

4. Manifestar sobre o seguinte questionamento: Qual modalidade de transferência trata o Contrato de Transferência de Negócio assinado com a Taminco do Brasil, segundo a legislação brasileira: venda de estabelecimento, fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão?

O autuado declara à fl. 956, que a operação materializada com o Contrato de Transferência de Negócio é de transferência do estabelecimento com a venda dos ativos imobilizados, bem como do fundo de comércio.

5. Manifestar sobre a falta de baixa no cadastro de contribuintes da SEFAZ, uma vez que suas atividades foram extintas com a sucessão empresarial assumida pela Taminco do Brasil.

O autuado confirma que não baixou sua inscrição junto à SEFAZ. Entretanto, justifica que tal providência ainda não foi adotada, uma vez que, contratualmente, é responsável pelo pagamento de eventuais cobranças decorrentes de operações realizadas à época de sua administração. Esse compromisso contratual é de cinco anos contados da data da transferência do estabelecimento.

#### EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 3:

O autuado faz prova de que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas visando cancelar notas fiscais de saída indevidamente emitidas, já que as mercadorias por elas acobertadas não haviam saído do estabelecimento, exceto em relação às Notas Fiscais nºs 19946, 020342, 020428, que a despeito de terem saído do estabelecimento não foram entregues aos destinatários, tendo retornado ao estabelecimento de origem.

A seu ver, em conformidade com as documentações apresentadas, o procedimento de emitir notas fiscais de entrada e, por conseguinte, anular o débito do imposto, que o autuado adotou tendo em vista a impossibilidade de cancelar o documento fiscal já escriturado, está de acordo com a legislação, pelo que se pode afirmar que as Notas Fiscais de Entradas nºs 001444, 001445, 001448, 001472, 001606, 001616 e 00163 foram emitidas visando cancelar as Notas Fiscais de Saída nºs 19173, 19211, 19339, 19946, 20342, 20428 e 20448 que estão com todas as vias em poder do autuado, sem provas ou indícios de circulação das mercadorias nelas relacionadas, exceto as notas fiscais nos 19946, 20342 e 20428. Quanto à nota fiscal 19946, apesar de ter havido circulação, há informação do transportador no sentido de que o veículo não foi descarregado em razão dos produtos não estarem de acordo com o solicitado (item iv, fl. 951). Para a nota fiscal 20342 há informação do transportador no sentido de que a entrega foi cancelada pelo destinatário (item v, fl. 951/952). Em relação à Nota Fiscal nº 20428, há informação do transportador no sentido de que o produto retornou à origem em razão de acidente com o veículo (item vi, fl. 952).

Efetuado o cotejamento das notas fiscais de entradas objeto da autuação com as notas fiscais de saídas que as originaram, pode-se afirmar que o procedimento adotado pelo autuado está em conformidade com as determinações legais do RICMS-BA que menciona: Arts. 210, 211 e 212.

Às fls. 946 a 957, consta a manifestação do autuado em atendimento à Intimação Fiscal do diligente cujo teor se acha, pontualmente já citado nas informações do Auditor diligente.

Considerando que os autuantes não foram cientificados do resultado da diligência fiscal conforme fl. 1045 os autos foram a eles encaminhados para que, que

À fl. 1047, consta ciência de autor do feito sem manifestação sobre o resultado da diligência fiscal.

## VOTO

Considerando que, conforme extratos SIGAT de fls. 931 a 933, o autuado efetuou o integral pagamento das infrações 04 e 05, as reconhecendo procedentes, sobre estas não há lide, pelo que passo a apreciação das demais infrações.

Inicialmente, na manifestação defensiva o Impugnante suscitou a nulidade do lançamento em decorrência da falta de tipificação da conduta praticada, arguindo princípios constitucionais tributários como os da estrita legalidade e tipicidade cerrada, entendendo que os fatos autuados não são alcançados por legislação tributária específica e que, portanto, o lançamento apreciado visto à luz do Regulamento do Processo Fiscal da Bahia, não atentou para os princípios previstos em seu artigo 2º, sendo, por isso, nulo como dispõe o art. 18, na medida em que os autuantes não apontam, em relação às infrações 1, 2 e 3, os dispositivos legais supostamente violados.

Entretanto, em razão do disposto no parágrafo único do art. 155 do RPAF, ultrapasso a análise da preliminar suscitada para decidir sobre o mérito da lide.

A infração 1 acusa o contribuinte de ter indevidamente utilizado crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito decorrente de operações de aquisição de matérias-primas com ICMS deferido para o momento da entrada no estabelecimento, vez que, segundo a acusação, para a apropriação de tais créditos, faz-se necessária a quitação do imposto deferido em documento de arrecadação específico, o que não ocorreu.

Visando elucidar a questão em relação à essa infração, na fase de instrução o PAF foi encaminhado à ASTEC no sentido de verificar se o autuado procedeu à escrita fiscal na forma que afirmou, se possuía e apurou o livro Especial destinado ao registro do Crédito acumulado de ICMS visando demonstrar que este crédito era suficiente para liquidar o ICMS deferido e, se assiste razão ao contribuinte a respeito da quitação do imposto deferido.

Cumprida a diligência, conforme Parecer ASTEC nº 067/2010 (fls. 938 a944), constatou-se: a) que o autuado realizou o recolhimento do imposto deferido por meio de lançamento a débito no Livro de Registro de Apuração como demonstrado nas fls. 156/216 e 628/671; b) que o autuado possuía crédito acumulado decorrente de operações de venda de mercadorias destinadas ao exterior com não-incidência do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 707; c) que o contribuinte procedeu à liquidação da obrigação tributária atendendo ao disposto no § 1º do art. 109 do RICMS-BA, conforme se observa na documentação acostada às fls. 701/728 e 628/692 do PAF.

Analisando o livro RAICMS anexado aos autos, verifico que as informações trazidas pelo diligente comprovam a inexistência dos débitos apontados no Auto de Infração em lide, o que significa dizer que assiste razão ao impugnante no que diz respeito à escrituração e liquidação do valor exigido nessa infração.

Assim, constatado que o contribuinte possuía crédito fiscal legalmente acumulado em decorrência de exportação de mercadorias desoneradas de ICMS em valor suficiente a liquidar a obrigação tributária decorrente do imposto a ele deferido por conta de aquisições de insumos na forma em que o art. 108 do RICMS-BA lhe permite, atestando-se, ademais, que todo o seu procedimento de liquidação da obrigação acusada na infração atendeu ao disposto no § 1º do art. 109 do RICMS-BA, tenho como insubstancial a infração 1.

A infração 2 acusa o contribuinte de ter dado saídas a mercadorias tributáveis como não havendo incidência de imposto, quando alienou seu patrimônio à empresa Aminas Ltda, tendo em vista que o Contrato de Transferência de Junta Comercial.

Também com objetivo de elucidação sobre a concreção do negócio jurídico que é a questão de fundo a dar azo a essa infração, em diligência à ASTEC, solicitou-se com minuciosa pontuação, a averiguação do que, de fato, ocorreu no sentido do estabelecimento da verdade material, tendo o Auditor Fiscal diligente expressado o seguinte no parecer já citado:

- a) Que intimou o autuado a apresentar o original “Contrato de Transferência de Negócio” redigido em Inglês e sob o argumento de que estaria aguardando seu envio da matriz no exterior, ele não lhe fora apresentado, tendo a empresa, em atenção à Intimação, trazido aos autos cópia do Decreto nº 13.609 de 21/10/43 (fls 1031/1038) que regulamenta a profissão do tradutor público e interprete comercial, destacando o art. 20 onde reza pela fé pública do tradutor.

A esse respeito, observo que às fls. 730/744 consta a tradução juramentada do “Contrato de Transferência de Negócio”, autenticado pelo Cartório de Registro Civil do 30º Sub-districto do Ibirapuera, São Paulo - Capital.

- b) Que, embora o autuado não lhe tenha objetivamente apresentado documento que demonstrasse o registro na Junta Comercial dos efeitos da operação, verifica nos autos vários documentos que comprovam a efetivação da operação de transferência do negócio como afirma o autuado. Um desses documentos é o Livro de Registro de Apuração do ICMS, relativo ao mês de novembro de 2006 (fls. 746/748), sem movimentação, que demonstra encerramento de sua atividade. Informa também que, com a verificação dos livros de Registro de Apuração do ICMS, exercícios 2005 e 2006, períodos objetos da autuação, é possível ver que o autuado encerra suas atividades em definitivo no mês de novembro de 2006. Além disso, o Termo de Encerramento do LRAICMS nº 10, ano 2006, acusa a ocorrência de 26 páginas numeradas de 1 a 26, onde o Resumo da Apuração do Imposto do mês de novembro de 2006 é registrado na pg. 25 (fl.1.029), sendo a fl. 26 o próprio Termo de Encerramento (fl. 1023). À fl. 750, O Ofício DRB – Super nº 223/2008 (fl.750) emitido pelo SESI declara não existir movimentação de empregado a partir da competência 12/2006 para o autuado, bem como, às fls. 751/765, o Extrato de Movimentação Processada do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), do Ministério do Trabalho e Emprego, referente ao mês de outubro/2006, demonstra o desligamento de todos os funcionários da Air Products Brasil Ltda. À fl. 767 consta cópia de relatório extraído do Sistema de Consulta da SEFAZ-BA, datado de 06/10/2006, onde demonstra o registro do estabelecimento Taminco do Brasil no seu endereço. Também nesse horizonte, consta dos autos às fls. 771/780 cópia do Instrumento Particular de 7ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da Taminco do Brasil, datado de 26/08/2006, que comprova o registro do endereço e objeto social do autuado com a concretização da operação de Transferência do Negócio;
- c) O autuado apresentou extrato bancário da conta corrente em seu nome, junto ao Banco Santander, que comprova a transferência de R\$58.673.733,10 na data de 29/09/2006 (fl.972). Também apresenta extrato bancário de sua conta junto ao Banco Real, que comprova TED no valor de R\$6.215.698,92 em 15/01/2007 (fl. 974) e, por fim, cópia da Escritura Pública de Compra e Venda, firmada entre o autuado e a Taminco do Brasil em 26/08/2006, referente aos imóveis decorrentes da operação de Transferência do Negócio (fls. 977/982);
- d) Questionado sobre a modalidade jurídica do negócio o autuado declarou no arrazoado em que atende à sua Intimação Fiscal (fl. 956), que a operação materializada com o Contrato de Transferência de Negócio é de transferência do estabelecimento com a venda dos ativos imobilizados, bem como do fundo de comércio;
- e) Quanto à falta de baixa de sua inscrição junto à SEFAZ-BA, o autuado justificou que tal providência ainda não foi adotada, uma vez que, contratualmente, é responsável pelo pagamento de eventuais cobranças decorrentes de operações administrativa. Esse compromisso contratual é de cinco anos cor do estabelecimento.

Pois bem, a polêmica que se suscita da infração 2 se resolve, constatando se, no caso, houve ou não uma sucessão empresarial.

Como expõe **Marco Aurélio Bicalho de Abreu Chagas** ([http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1030/ Sucessão-empresarial-reconhecida-por-indícios](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1030/)), a sucessão empresarial não precisa necessariamente ser sempre ser formalizada. Admite-se a sua presunção a partir de prova indiciária convincente.

Segundo o previsto no Código Tributário Nacional, no Capítulo da Responsabilidade Tributária, 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.

É certo que essa obrigação se configura, uma vez provado o vínculo entre as empresas como vendedora e adquirente do fundo de comércio ou mesmo do estabelecimento comercial, prova essa que se admite também pela presunção, por se tratar de ato jurídico.

O novo Código Civil em seu artigo 212 (no Código anterior era o artigo 136), ao disciplinar os atos jurídicos determinou os meios que podem ser utilizados para a prova dos mesmos, dentre eles, está a presunção.

Comentando esse dispositivo do Código Tributário, CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, ensina que a sucessão não precisa sempre ser formalizada, admitindo a jurisprudência a sua presunção, desde que existentes indícios e provas convincentes (matéria de fato, caso a caso). Assim sendo, se alguém ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e o estoque de mercadorias e continua a explorar o negócio, ainda que, com outra razão social, presume-se que houve aquisição de fundo de comércio, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária.

Nesse diapasão, recentemente o Tribunal de Justiça Mineiro entendeu, ao julgar uma execução fiscal, que: encontrando-se a empresa no mesmo ramo da executada, no mesmo local, em prédio alugado tanto por um quanto pela outra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o filho do sócio coobrigado na execução fiscal, deve admitir a sucessão empresarial e consequente transferência da responsabilidade tributária.

Restaram vencidos os argumentos da empresa, especialmente o que alegava que a executada não encerrou suas atividades, conforme documento expedido pela Junta Comercial, não havendo, portanto, fundo de comércio a ser adquirido.

O Tribunal considerou devidamente comprovada, pelos indícios eloquentes, a sucessão de empresas no caso em julgamento, enfatizando que: "não é de se perder de vista que a situação de fato, que no momento se apresenta no seio do processo executório fiscal, é de paulatina ou vagarosa transferência dos negócios de uma empresa para a outra, justamente para furtar-se às obrigações fiscais contraídas por aquela"

E concluiu:

*"O direito processual brasileiro, necessário à melhor resolução das lides, não pode representar óbice a uma justa e completa pacificação da sociedade que dela também faz parte: a pessoa jurídica de direito público, o Estado; até mesmo porque o Estado, não arrecadando os tributos que lhe são devidos, não tem como atender às políticas sociais, estabelecendo para a sociedade o caos ou a crise não desejada por todos".*

Essa não é a primeira vez que o Tribunal de Minas Gerais decide casos dessa ordem, inúmeras jurisprudências firmam-se pela "responsabilidade fiscal em decorrência da sucessão empresarial".

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região que envolve Minas Gerais, entende de que "não há de se cogitar de sucessão para fins de responsabilidade fiscal da empresa, apesar de estabelecida no mesmo local e com o mesmo re-

*não aquisição do fundo de comércio e a sua constituição, com outros sócios, quando já extinta esta, há alguns anos, através de certidão da Junta Comercial".*

Noutro julgado temos que a pessoa jurídica que passa a funcionar no estabelecimento comercial de outra para continuar no respectivo ramo de negócio é dela sucessora para os efeitos fiscais, incorrendo em responsabilidade tributária. Hipótese em que, tendo aproveitado as instalações de um posto de abastecimento de combustíveis, a pessoa jurídica responde pelos débitos daquela que a antecedeu no local com o mesmo objeto social.

Ora, no caso presente, o que a Impugnante quer é provar que, de fato, houve uma sucessão empresarial e para tanto apresentou vastos elementos de prova por ocasião da defesa e por conta da diligência da ASTEC. Tais documentos, e, em especial, o Parecer ASTEC de fls. 938 a 944, são bastante substanciais para confirmar que ocorreu a sucessão de empresas sem descontinuidade da atividade industrial e, como tal, essa sucessão não está sujeita à incidência do ICMS. Portanto, convenço-me que, de fato, no caso em apreço, houve uma operação de transmissão da propriedade de estabelecimento industrial entre o autuado e a empresa Taminco do Brasil Indústria e Comércio de Aminas Ltda, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento autuado pelo novo titular, e como tal não há incidência de ICMS conforme reza o inciso XI do art. 6º do RICMS-BA, que reproduz a norma contida no inciso VI do art. 3º da Lei Complementar 87/96.

No caso em apreciação, não há que subsistir o entendimento dos autuantes de que, para que ocorressem os efeitos fiscais pretendidos pelo autuado seria necessária uma fusão das empresas envolvidas no negócio, ou seja, que da alienação resultasse um único estabelecimento e que tal operação tivesse seus atos depositados na Junta Comercial, o que não existiu, pois segundo eles ambas seguem ativas junto à SEFAZ e Junta Comercial. Se assim entendesse, estaria admitindo que a norma de não-incidência exposta na legislação acima citada alcançaria a sucessão de empresa apenas sob a forma de fusão, o que não é correto, pois a norma refere-se a "operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie". Portanto, alcança qualquer espécie de sucessão empresarial com seguimento da atividade.

Aliás, tratando da responsabilidade tributária na sucessão empresarial, o Código Tributário Nacional, assim se expressa:

*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;**

**II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.**

Por outro lado, na elaboração do lançamento (em sentido também comprensivo do auto de infração), é da Fazenda Pública o ônus de demonstrar, de forma inequívoca, a existência do crédito tributário e, também, dos fatos ocasionadores do ilícito imputado ao sujeito passivo, vez que a "verdade sabida" não é compatível com o ordenamento vigente.

Os atos de aplicação da lei tributária ao caso concreto – máxime os contidos nos autos de infração – pois estes apontam a prática de ilícito fiscal ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária, devem ser devida e expressamente justificados e fundamentados. Quero dizer com isso, que a pretensão do fisco deve estar fundada na ocorrência do fato imponível, pelo que lhe cabe demonstrar, de forma clara e inequívoca, a identidade entre a matéria fática e o tipo legal para que o crédito tributário dele decorrente e personalizado seja acrescentado dos requisitos de liquidez e certeza, garantidores de sua exigibilidade.

No caso em tela, vejo que os autuantes sustentam a acusação f  
Contrato de Transferência de Negócio que celebrou com a sua

Indústria e Comércio de Aminas Ltda, não produziu efeitos em relação à Secretaria da Fazenda (terceiro a teor do art. 1.144 do Código Civil) uma vez que não houve o registro do mesmo na Junta Comercial. Além de entender tal argumentação insuficiente em face de todo o já acima exposto em relação a essa infração, vejo que tendo oportunidade para informar mais substantivamente o suporte da infração, quando os autos lhes foram remetidos para conhecimento do resultado da diligência fiscal do preposto do fisco estranho ao feito, um dos autores do feito apenas firmou mera ciência na fl. 1.047. Portanto, por todo o exposto, também tenho a infração 2 como insubstancial.

A infração 3 trata de uma questão de fato, cuja solução passa por se confirmar, se houve ou não irregularidade na emissão na emissão das notas fiscais que acobertam o crédito fiscal utilizado pelo contribuinte e que está sendo objeto de glosa nesta infração.

A elucidação deste fato foi outro dos objetivos da diligência fiscal, e foi respondido pelo Auditor diligente da seguinte forma:

- a) O autuado faz prova de que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas visando cancelar notas fiscais de saída indevidamente emitidas, já que as mercadorias por elas acobertadas não haviam saído do estabelecimento, exceto em relação às Notas Fiscais nºs 19946, 020342 e 020428, que a despeito de terem saído do estabelecimento não foram entregues aos destinatários, tendo retornado ao estabelecimento de origem;
- b) Em conformidade com as documentações apresentadas, o procedimento de emitir notas fiscais de entrada e, por conseguinte, anular o débito do imposto, que o autuado adotou tendo em vista a impossibilidade de cancelamento documento fiscal já escriturado, está de acordo com a legislação, pelo que se pode afirmar que as Notas Fiscais de Entradas nºs 001444, 001445, 001448, 001472, 001606, 001616 e 00163 foram emitidas visando cancelar as Notas Fiscais de Saída nºs 19173, 19211, 19339, 19946, 20342, 20428 e 20448 que estão com todas as vias em poder do autuado, sem provas ou indícios de circulação das mercadorias nelas relacionadas, exceto as Notas Fiscais nºs 19946, 20342 e 20428. Quanto à Nota Fiscal nº 19946, apesar de ter havido circulação, há informação do transportador no sentido de que o veículo não foi descarregado em razão dos produtos não estar de acordo com o solicitado (item IV, fl. 951). Para a Nota Fiscal nº 20342 há informação do transportador no sentido de que a entrega foi cancelada pelo destinatário (item V, fl. 951/952). Em relação à Nota Fiscal nº 20428, há informação do transportador no sentido de que o produto retornou à origem em razão de acidente com o veículo (item VI, fl. 952);
- c) Efetuado o cotejamento das notas fiscais de entradas objeto da autuação com as notas fiscais de saídas que as originaram, pode-se afirmar que o procedimento adotado pelo autuado está em conformidade com as determinações legais do RICMS-BA que menciona: Arte. 210, 211 e 212.

Os artigos 210, 211 e 212 possuem as seguintes disciplinas:

*Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.*

*Art. 211. Não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.*

*Art. 212. Na hipótese do artigo anterior, uma vez lançado o documento fiscal, normalmente, no Registro de Saídas, será emitida Nota Fiscal (entrada) para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal, quando for o caso.*

Considerando que a diligência fiscal confirmou que o procedimento fiscal do contribuinte em relação ao crédito tributário objeto de glosa nessa infração foi conforme a legislação pertinente obviamente a infração 3 também não pode subsistir.

Assim, por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, pelo que restam subsistentes apenas as infrações 4 e 5, devendo ser homologado o valor já recolhido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298943.0012/08-0, lavrado contra **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.759,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, alínea “a” da citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR