

A. I. N° - 206856.1201/10-2
AUTUADO - PROLAN EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOILSON MATOS AROUCA
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET 31.08.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0229-05.11

EMENTA: ICMS. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que trata-se de sucessão de empresa com a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular. Neste caso, não há incidência do ICMS, na forma trazida na acusação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2010, exige ICMS no valor de R\$63.138,82 e multa de 60%, através da infração: “*Deixou de recolher ICMS relativo à mercadorias constante no estoque final, quando do encerramento de suas atividades, estando devidamente escriturado no livro Registro de Inventário*”.

O autuado apresenta defesa de fls. 18/27, e inicialmente, demonstra a tempestividade do questionado lançamento, pois fora intimado em 11/01/2011, conforme o auto de infração anexo (Doc. 01), ocorrendo o termo final em **10/02/2011**, evidenciando a tempestividade na apresentação da presente defesa.

Esclarece que a referida sociedade empresarial (PROLAN EQUIPAMENTOS LTDA.) foi extinta por incorporação, sendo a PROLAN SOLUÇÕES INTEGRADAS S/A a sua sucessora e, portanto, quem tem competência para responder aos termos presentes, sendo transferidos todos os bens, direitos, obrigações e responsabilidades para atual incorporadora através de “*Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 02 de junho de 2010 e “Protocolo e Justificação de Incorporação”, ambos devidamente registrados no órgão competente*”, conforme art. 1.116 do Código Civil.

Aprofundou, *ab initio*, a análise do instituto da incorporação nos moldes do Código Civil (artigos 1.113 a 1.118), a incorporação constitui negócio plurilateral que tem como finalidade a integração de patrimônios societários por meio da agregação do patrimônio de uma sociedade (no caso, a Prolan Equipamentos) em outra (Prolan Soluções).

Diz que a incorporação não dá origem a uma nova sociedade, pois a incorporadora absorve e **sucede** a uma ou mais sociedades (incorporadas). Por outro lado, não ocorre, na incorporação, uma compra e venda, mas a agregação do patrimônio da sociedade incorporada ao patrimônio da incorporadora, com **sucessão** em todos os direitos e obrigações, simplificadamente, a agregação de patrimônio de empresas, onde uma sucede a outra em todos os deveres e obrigações.

Transcreve o art. 2º do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias do Estado da Bahia (RICMS/BA), aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284 de 14.03.1997, o qual trata do **“Do Momento da Ocorrência do Fato Gerador” e suas exceções** e destacou no inciso I, do §1º do RICMS que a “*saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades, a menos que se trate de sucessão*”, excetua da tributação a hipótese fática tratada nos autos, em que houve sucessão (por incorporação) das atividades da empresa autuada, assim, não há que se falar na cobrança do ICMS sobre o estoque final da empresa incorporada.

Acrescentou que sequer houve movimentação das mercadorias, já que incorporadora, **alterou sua sede para o então endereço da empresa incorporada** (conforme Ata de Assembléia), o que nada justifica a cobrança do imposto estadual, o que também fica evidente do artigo 6º do RICMS/BA, citado pelo autuado.

Diz mais, e nem se alegue que a incorporação não surte efeitos perante à SEFAZ-BA, porque a Constituição Federal assegura o livre exercício da atividade econômica e a livre associação e o autuado cumpriu todos os requisitos legais atinentes ao assunto para efetivação de sua alteração societária (vide Seção II da Instrução Normativa DNRC nº 88 de 02 de agosto de 2001), tanto assim que a Receita Federal do Brasil e a Junta Comercial deferiram, sem hesitar, a efetivação da incorporação.

Assim, uma vez cumpridas as formalidades previstas na legislação de regência, bem como averbados os atos de incorporação no registro próprio (no caso JUCESP e JUCEB), a sociedade PROLAN EQUIPAMENTOS está **oficialmente** incorporada, sendo a incorporadora, PROLAN SOLUÇÕES INTEGRADAS, sua sucessora em todos os direitos e obrigações, não sendo papel da Secretaria do Estado aprovar ou não a incorporação, **que já surtiu seus efeitos quando do registro perante as Juntas Comerciais**.

Citou comentários de Ricardo Fiúza ao art. 1.118 do Código Civil, com intuito de reforçar o seu entendimento e demonstrar a inconsistência do lançamento ora questionado.

Pede a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal de fls. 58/59, logo informou que o motivo da lavratura do Auto de Infração foi à constatação do não pagamento do ICMS incidente sobre estoque final quando do encerramento das atividades do autuado, estando devidamente escriturado no livro Registro de Inventário.

Asseverou que não há o que falar de sucessão já que não houve, de fato, a incorporação aqui referida, pois na realidade, houve a paralização das atividades da empresa neste Estado e conforme aprovação dos acionistas da empresa que a controlava, sede em São Paulo, há extinção da impugnante, fl. 53, item 5.5, ou seja, não há continuação da atividade da empresa. Contudo, após a lavratura deste Auto de Infração foi realizada uma assembléia em 27/01/2011 (registro 07/02/2011 – JUCESP), fls. 40 a 42, onde se aprovou a alteração da sede da Companhia para Ilhéus.

No entanto, embora o valor do estoque remanescente e escriturado no livro Registro de Inventário seja de R\$371.404,81, o Laudo de Avaliação do patrimônio líquido da empresa em questão que fora apresentado pela empresa avaliadora especializada: AURON ORGANIZAÇÃO, CONTABILIDADE E CONSULTORIA LTDA., informou que o valor do estoque existente em 31/12/2009 era de R\$1.805.263,00 e como, não ocorreram vendas no período subsequente, acreditou o autuante que este é o valor do estoque final.

Notou também que o documento acostado ao PAF na formalização de sua defesa (fl 61), chegou depois da lavratura do Auto de Infração, o que enseja, no modesto entendimento, que a alteração do valor da base de cálculo é consequente ao valor do ICMS devido.

Diante do exposto pede a Procedência total do Auto de Infração.

Em nova manifestação, o autuado, fls. 64/67, diz que não merece prosperar o entendimento do autuante, pois com relação ao valor dos bens escriturados no livro de Registro de Inventário, o qual serviu de base de cálculo para a lavratura do lançamento em testilha ($R\$ 371.401,81 \times 17\% = R\$63.138,82$), salientou que tal valor se refere aos produtos estocados para fins de uso/consumo, e outros em poder de terceiros, tal como se observa do balancete contábil anexo. Ou seja, é a soma de R\$272.839,78 (estoque de mercadorias compradas para uso/consumo) com R\$98.565,03 (estoque em poder de terceiros).

Acrescentou, ainda, que o valor de R\$1.805.263,00, inserido no balanço contábil, na ocasião da incorporação, se refere a bens de terceiros e aos bens da empresa, consoante se comprova do balancete contábil, conforme quadro abaixo:

Estoque de mercadorias da empresa utilizadas para consumo	R\$ 272.839,78
Estoques da empresa em poder de terceiros	R\$ 98.565,03
Estoques de terceiros em poder da empresa	R\$ 52.615,42
Estoque de materiais de terceiros (fornecedores estrangeiros)	R\$ 1.381.242,34
Total	R\$ 1.805.262,57

Assim, não procede a afirmação de que o estoque da empresa possuía o valor de R\$1.805.263,00, pois os bens da empresa estocados possuem o montante de R\$371.401,81, valor este devidamente escriturado, lançado e que serviram da base de cálculo do auto em testilha.

Declarou que a questão de tentativa de majoração da base de cálculo do lançamento em comento não merece, *data venia*, acatamento. E mesmo se merecesse, o que ora se admite apenas demonstrar o maior equívoco do lançamento guerreado e replicar todas as assertivas do Ilmo. Auditor Fiscal, não há como sustentar a incidência do ICMS no caso ora tratado.

Reitera que está provado nos autos que a PROLAN EQUIPAMENTOS, empresa autuada, foi sucedida, por incorporação, pela empresa PROLAN SOLUÇÕES INTEGRADAS, de modo que todos os direitos, patrimônio, obrigações e responsabilidades da sociedade incorporada (PROLAN EQUIPAMENTOS), foram assumidos pela sociedade incorporadora (PROLAN SOLUÇÕES), o qual não como sustentar jurídica ou legalmente que não ocorreu à sucessão da empresa incorporada pela incorporadora, já que a **incorporação é uma espécie de SUCESSÃO societária**, cabalmente prevista no Código Civil, e, por força do inciso I, § 1º, do artigo 2º do RICMS/BA, não incide o ICMS no presente caso.

Tampouco há como se afirmar que “... *não houve, de fato, a incorporação aqui referida*” ou mesmo que “*não há continuação da atividade da empresa*”. A uma porque as pessoas de direito privado têm a livre iniciativa de se associarem e exercerem sua atividade econômica, nos termos da Constituição Federal, artigos 8 e 170, respectivamente. A duas porque a incorporação está devidamente registrada perante os órgãos competentes e, como tal, surte seus efeitos perante todos, como já se comprovou. E a três porque a **atividade** da PROLAN EQUIPAMENTOS não está encerrada, mas sim foi **sucedida** – leia-se, continuada – por sua incorporadora.

Diz que o autuante se equivocou quanto à questão da incorporação societária, afinal, se trata de uma sucessão civil onde a atividade de uma empresa não se extingue, pelo contrário. Ora, não por outro motivo que, coerentemente da natureza da incorporação, diversos artigos do RICMS/BA são expressos ao prever a não incidência do ICMS no caso de sucessão societária, notadamente do inciso I, do § 1º do artigo 2º e da alínea “b”, do inciso XI do artigo 6º.

Diante de tudo demonstrado, pede, novamente, a anulação do crédito tributário.

Em nova informação, fl. 85, o autuante reitera as informações prestadas anteriormente em face à replica da manifestação do autuado, fls. 64/67.

VOTO

Considera-se saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final, na data do encerramento de suas atividades, a menos que se trate de sucessão.

De acordo com o art. 227 da LSA, “*a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações*”. Neste sentido dispõe também o Código Civil, art. 1116 que “*na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todos aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos*”.

Deste modo, na incorporação haverá a extinção da sociedade incorporada, mas não surgirá uma nova sociedade, apenas a sociedade incorporada desaparece, e será sucedida em todos os seus direitos e obrigações pela sociedade incorporadora.

Consoante o § 3º do art. 227 da LSA, “*aprovada pela assembléia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação*”. Neste sentido a regra do art. 118 do CC: “*aprovados os atos de incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.*”

Os argumentos trazidos pela defesa necessitam de comprovação, no sentido de que a transmissão de propriedade ocorreu, e que houve a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular. Ocorrendo esta prova, não há incidência do ICMS na forma dos fatos trazidos na acusação fiscal, 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.

Necessário verificar como foi feito o registro na Junta Comercial, se há contrato de transferência de negócio, ou a transferência do estabelecimento com a venda dos ativos imobilizados, bem como do fundo de comércio.

Esclarece o autuado em sua peça de defesa que a referida sociedade empresarial (PROLAN EQUIPAMENTOS LTDA.) foi extinta por incorporação, sendo a PROLAN SOLUÇÕES INTEGRADAS S/A a sua sucessora e, portanto, quem tem competência para responder aos termos presentes, sendo transferidos todos os bens, direitos, obrigações e responsabilidades para atual incorporadora através de “*Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 02 de junho de 2010 e “Protocolo e Justificação de Incorporação”, ambos devidamente registrados no órgão competente*”, conforme art. 1.116 do Código Civil.

Acrescentou que sequer houve movimentação das mercadorias, já que a incorporadora, **alterou sua sede para o então endereço da empresa incorporada** (conforme Ata de Assembléia), o que nada justifica a cobrança do imposto estadual, o que também fica evidente do artigo 6º do RICMS/BA, citado pelo autuado.

Assim, uma vez cumpridas as formalidades previstas na legislação de regência, bem como averbados os atos de incorporação no registro próprio (no caso JUCESP e JUCEB), diz o defendant que a sociedade PROLAN EQUIPAMENTOS está **oficialmente** incorporada, sendo a incorporadora, PROLAN SOLUÇÕES INTEGRADAS, sua sucessora em todos os direitos e obrigações.

Concordo com as razões apresentadas na defesa e me fundamento nos documentos acostados aos autos, que estão em conformidades com a legislação de regência, já citada, tais como:

Documentos de fls. 33 a 35:

1. Ata de Reunião de Sócios Para aprovar o Protocolo e Justificação de Incorporação da sociedade pela Prolan Soluções Integradas.

Data: 02 de junho de 2010:

1. Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 02/06/2010 – fls. 36 a 55.
2. Ata da Assembléia Geral Extraordinária realziada em 27/01/2011, para alteração de endereço da sede social da companhia, fls. 40 a 42.
3. Laudo de Avaliação – fls. 47 a 50.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206856.1201/10-2**, lavrado contra **PROLAN EQUIPAMENTOS LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR