

PROCESSO - A.I. N° 298943.0012/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5^a JJF nº 0306-05/10
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 22/03/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0038-12/12

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 5.^a Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 04.12.2008, para exigir ICMS e multa no valor de R\$5.397.806,85, em razão de 05 infrações, das quais, são objeto do Recurso de Ofício somente as infrações 01, 02 e 03, a seguir transcritas:

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 diferido 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;

O autuado apresentou tempestivamente defesa (fls. 573 a 599), contestando as infrações 01, 02, 03 e reconhecendo as infrações 04 e 05, com juntada de recolhimento no valor de R\$3.621,25 (fl. 626). Em seguida, houve informação fiscal (fls. 928 a 929) rebatendo os argumentos da defesa, mantendo o lançamento nos termos originais, propondo a procedência total do Auto de Infração.

Após tais manifestações, a 5ª JJF converteu em diligência para a ASTEC/CONSEF (fls. 935 a 937), sendo elaborado o Parecer nº 067/2010 (fls. 938 a 944) e colacionada manifestação do autuado.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

“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 diferido 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 diferido 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 diferido e, se assiste razão ao contribuinte a respeito da quitação do imposto diferido.

Cumprida a diligência, conforme Parecer ASTEC nº 067/2010 (fls. 938 a 944), constatou-se: a) que o autuado realizou o recolhimento do imposto diferido 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.

Analizando 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 Taminco do Brasil Com. Ind. Aminas Ltda, tendo em vista que o Contrato de Transferência de Negócio não foi registrado na 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 realizadas à época de sua administração. Esse compromisso contratual é de cinco anos contados da data da transferência 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), 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, se posicionou na assertiva de que "não há de se cogitar de sucessão para fins de responsabilidade tributária quando a empresa, apesar de estabelecida no mesmo local e com o mesmo ramo da devedora, comprova a 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 comrensivo 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 fiscal no argumento de que o Contrato de Transferência de Negócio que celebrou com a sua sucessora Taminco do Brasil 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 inóbustante.

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 tem 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.”

Consta que na assentada de julgamento da sessão do dia 13.04.2011, a PGE/PROFIS pediu vista dos autos para emitir Parecer sobre a matéria do presente PAF, em relação infração 2. Às fls. 1.086 a 1.088, o i. procurador José Augusto Martins Junior, opina pelo Improvimento do Recurso de Ofício, pois, diante de farta prova documental, foi verificada a ocorrência da sucessão empresarial aduzida pelo sujeito passivo, conforme a teoria da prova indireta, consubstanciada no art. 212 do CC e jurisprudência neste sentido.

VOTO

Reforma alguma merece a brilhante Decisão de Primeira Instância.

Restou demonstrado, diante da farta documentação acostada aos autos pelo autuado, bem assim na excelente diligência realizada pela ASTEC, que as reduções efetuadas em relação às infrações 1, 2 e 3 estão corretas.

No que tange a infração 1 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS – o Parecer ASTEC 067/2010, em resposta à diligência solicitada pela 5^a JJF, atestou categoricamente que da “*análise das documentações acostadas aos autos, leva-nos a entender que o autuado procedeu ao recolhimento do ICMS diferido, objeto da Infração 01, por meio de lançamento a debito do LRAICMS em total atenção a legislação competente*”.

O ilustre Relator de primeiro grau, muito bem sintetizou no seu voto os passos e as conclusões da ASTEC. Dessa forma, coaduno com o entendimento de que restou comprovada pelo autuado a inexistência dos débitos perquiridos na infração 01, uma vez que a empresa possuía créditos acumulados em decorrência de operações de venda de mercadorias destinadas ao exterior, compensando corretamente tais créditos, com o imposto diferido, conforme preceitua o art. 109, §1º do RICMS.

Portanto, mantenho o julgamento pela improcedência da infração 1.

Quanto à infração 2 – falta de recolhimento de ICMS devido à alienação de patrimônio à empresa não sucessora – entendo que a documentação trazida aos autos pelo recorrido, demonstram claramente que a empresa Tamico do Brasil Com. Ind. Aminas Ltda. comprou e sucedeu a Air Products Brasil Ltda.

Em que pese o zelo dos autuantes em afastar a elisão fiscal por meio de negócios simulados, vejo que no caso em tela isto não ocorreu. Discordo das alegações dos autuantes de que, em decorrência do negócio jurídico entabulado entre as empresas, seria necessária a constituição de um único estabelecimento comercial e que a falta de registro na Junta Comercial levaria a descaracterização da compra e venda realizada, incidindo o ICMS.

Entendo que diante de todas as provas trazidas aos autos, tenho como certa a sucessão realizada, com a efetivação do negócio jurídico entre as partes. O “Contrato de Transferência de Negócio”

(fls. 730 a 740) é um elemento probatório fortíssimo da transferência do estabelecimento comercial. Também se enquadra nessa categoria o Livro de Registro de Apuração do ICMS, do mês de novembro de 2006, trazido aos autos, em que não consta movimentação, demonstrando o encerramento das atividades da Air Products Brasil Ltda. Além disso, as informações trabalhistas quanto à baixa e desligamentos dos funcionários comprovam cabalmente o fechamento da referida empresa.

Por fim, a cópia de relatório extraído do Sistema de Consulta da própria SEFAZ-BA (fl. 767), que demonstra o registro da Taminco do Brasil no endereço antes da Air Products e a cópia do extrato bancário com a transferência de numerário fulminam qualquer dúvida sobre a operação jurídica de compra e venda do estabelecimento e do fundo de comércio realizada entre as empresas.

Dessa forma, conforme o art. 3º, IV da LC 87/96, bem como no art. 6º, XI do RICMS, que versam sobre a isenção das operações de transferência de propriedade industrial, mantenho o julgamento de improcedência da infração 2.

Por fim, quanto à infração 3 – utilização indevida de crédito fiscal por falta de apresentação de documentação fiscal pertinente – novamente o Parecer nº 067/2010 elucidou a questão, constatando que não houve irregularidade por parte da empresa, mas tão-somente, o uso de expediente fiscal e contábil, conforme previsão legal dos art. 210 a 212 do RICMS.

Ou seja, a empresa comprovou que as notas fiscais objeto desta infração foram emitidas no intuito de cancelar as notas fiscais de saídas indevidamente emitidas, sejam porque as mercadorias acobertadas não saíram do estabelecimento ou saíram, mas não foram entregues.

O Parecer 067/2010 relata que “*Efetuado o cotejamento das Notas Fiscais de Entradas objeto da autuação na Infração 03, com as Notas Fiscais de Saída que originaram, pode-se afirmar que o procedimento adotado pelo autuado está em conformidade com as determinações legais do RICMS/BA*”.

Portanto, mais uma vez entendo estar correta a Decisão de base, agora em relação à infração 3.

Por tudo quanto exposto, alinho-me ao Parecer opinativo da PGE/PROFIS e voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298943.0012/08-0**, lavrado contra **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o recorrido 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS