

A. I. Nº - 117227.0316/14-0
AUTUADO - ÀGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22.09.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0146-01/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Autuado emitiu nota fiscal com não incidência do imposto, sob a alegação de que se tratava de sucessão empresarial. Alegação defensiva não restou comprovada. Infração subsistente. **2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** O art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96 determina que o fato gerador do imposto ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, portanto, nas transferências. Restou comprovado que o autuado deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ao realizar transferências de mercadorias para outros estabelecimentos da mesma empresa sem destaque do imposto. Infração subsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Infração caracterizada. **4. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Alegação defensiva de que houve sucessão não restou comprovada. Infração subsistente. **5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO.** Fato não impugnado. Infração subsistente. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Infrações reconhecidas. **7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS.** Alegação defensiva de descaber a exigência do ICMS antecipação parcial se apresenta equivocada, haja vista que a autuação diz respeito à antecipação tributária “total”. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$139.259,67, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no mês de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$70.980,09, acrescido da multa de 100%. Consta que a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas no valor de R\$417.529,99, para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., sem destaque do imposto, no valor de R\$70.980,09, no dia 01/10/2013, emitindo a Nota Fiscal nº 1120;
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, maio a julho, novembro e dezembro de 2011, janeiro, abril a agosto, outubro e novembro de 2012, janeiro e março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$45.966,48, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado deixou de escriturar o ICMS, relativo às transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto, apurado mediante Auditoria de Transferências, tendo-se efetuado levantamento mensais de débitos e de créditos, conforme demonstrativos anexados;
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de maio a julho e novembro de 2011, maio, setembro e outubro de 2012, março e maio de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.839, 61, acrescido da multa de 60%;
4. Falta de recolhimento do ICMS constatada através de omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro, maio a agosto e dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho de 2012, janeiro, maio e outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.328,73, acrescido da multa de 100%;
5. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$817,28. Período de ocorrência: maio de 2011, fevereiro de 2012 e agosto de 2013;
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março de 2011 e janeiro de 2013, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.030,44, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias;
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março de 2011, janeiro de 2012, abril de 2013, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$13,03, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias;
8. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2011, janeiro, março a junho e outubro de 2012, setembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.284,00, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 844 a 854 – vol. III). Inicialmente, esclarece, que impugnará apenas as infrações 01, 02, 04 e 08. Quanto às infrações 03, 05, 06 e 07, reconhece o cometimento das irregularidades apontadas na autuação.

Ressalta que o Auto de Infração em lide se originou de pedido, que formulara perante a Inspeção Fazendária Estadual, de baixa da inscrição estadual da empresa.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória.

Invoca a Constituição Federal, reproduzindo o seu art. 5º, II, para afirmar que a garantia dos cidadãos, além do exercício ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, não podem ser submetidos a investidas ilegais.

Reporta-se sobre os fatos e fundamentos da autuação, consignando que o Auto de Infração foi lavrado, após o seu requerimento de baixa regular da empresa, em função de sucessão empresarial para outra empresa do mesmo grupo empresarial, cujos sócios das duas, sucedida e sucessora, são os mesmos.

Afirma que após uma minuciosa verificação dos termos em que se fundamenta o autuante, os quais deram origem a autuação, estes não procedem e não podem prosperar.

Aduz que, relativamente à infração 01, requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013, pois, a partir de 01/10/2013 a loja passaria, como de fato passou, a funcionar pela nova empresa sucessora, no caso Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., CNPJ Nº.07551590/0002-70, Inscrição Estadual nº 112053152 – NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Diz que, assim sendo, é indevida a alegação do autuante de que deveria ser emitida uma nota fiscal, com destaque do ICMS a ser recolhido sobre o valor da base de cálculo do estoque transferido de uma empresa para a outra, até mesmo porque a maioria dos produtos foi produzida pela empresa sucessora. Nesse sentido, invoca o Parecer DITRI Nº 13.530/2011, emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, que anexa, teve como parecerista o Dr. Helcônio de Souza Almeida, o qual foi ratificado pela Dra. Sandra Urania Silva Andrade (Gerente da GECOT) em 04/07/2011, e ainda pelo Dr. Jorge Luiz Santos Gonzaga (Diretor da DITRI) em 05/07/2011. Transcreve o teor da resposta dada.

Conclui que, diante disso, se evidencia claramente que esta infração se encontra desprovida de fundamento legal, tendo em vista que a sucessão, com base nos dispositivos legais mencionados no parecer, não se configura como fato gerador de ICMS, portanto, devendo ser julgada improcedente.

Quanto à infração 02, diz que a Súmula 166/96 do STJ, cuja redação reproduz, dispõe que não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Afirma que é indevida a tributação do ICMS sobre a operação de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Acrescenta que o motivo desta ilegalidade se extrai do próprio conceito constitucional de circulação de mercadoria, que é o critério material da regra matriz de incidência tributária do ICMS.

Sustenta que, desse modo, o ICMS não incide sobre qualquer operação de circulação de mercadoria, mas apenas sobre circulação jurídica da mercadoria e não meramente física, isto é, que importe em transferência de titularidade sobre a propriedade do bem. Diz que a lei infraconstitucional que veicular a incidência do tributo em questão sobre mera circulação física da mercadoria, é inválida, por violar os limites constitucionais ao Poder de Tributar outorgados aos Estados.

Assevera que, assim sendo, o artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, que determina a tributação do ICMS, ao considerar ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que outro estabelecimento do mesmo titular, invadiu a competência determinada e fixada pelo legislador constituinte, haja vista que somente há autorização para instituir e cobrar o ICMS na hipótese de operação de circulação jurídica de mercadoria, e não sobre a transferência entre filiais, como equivocadamente entende o Estado.

Assinala que, por conta do entendimento consolidado do STJ, não tem sido outro o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado que igualmente vem rechaçando a pretensão do Fisco de tributar as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Reproduz decisões nesse sentido.

Relativamente à infração 04, alega que, em face da sucessão empresarial ocorrida a partir de 01/10/2013, a empresa sucessora foi quem efetuou as vendas diretas ao consumidor, emitindo Notas Fiscais em nome da Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., CNPJ 07551590/0002-70, Inscrição Estadual nº 112053152 – NO, porém como esta empresa ainda não possuía no início do mês as maquinetas de cartões de crédito em seu nome, foram usadas as antigas que já existiam na referida loja, em nome da empresa sucedida.

Alega que, desse modo, tal fato, não pode gerar e se configurar com fato gerador de ICMS, até porque a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, também neste mesmo valor e proporções, do que os valores declarados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Conclui que é improcedente esta infração, tendo em vista que o valor do ICMS desse período de transição apurado de R\$14.328,73, já foi pago pela empresa sucessora, pois foi ela quem emitiu as Notas Fiscais diretamente para o consumidor final e o crédito relativo a estas vendas foi feito em nome da empresa sucedida, sendo, por consequência, também indevida e improcedente a aplicação da multa referente a esta infração.

No respeitante à infração 08, afirma que não concorda com a imputação, haja vista que sempre recolheu o valor correto do ICMS relativo a todas as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, mesmo não concordando com esta obrigação. Diz que assim são indevidas todas as diferenças de ICMS de todo o período descrito no Auto de Infração.

Alega a inaplicabilidade da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos oriundos de outros Estados destinados à transformação, uso, consumo e incorporação ao ativo imobilizado do estabelecimento.

Salienta que a Lei nº 7.014/96 foi modificada pela Lei nº 8.967/03 que incluiu no seu texto o art. 12-A, instituindo a figura da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos adquiridos de outras unidades da Federação no Estado da Bahia. Registra que o objetivo da modificação empreendida é o pagamento, pelo próprio adquirente, de parte do tributo que será devido na operação subsequente, quando os produtos tenham a finalidade de comercialização dentro do território baiano. Reproduz a redação do referido art. 12-A, assim como do art. 332, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780 de 16/03/2012. Apresenta explicação como ocorre a antecipação parcial do ICMS.

Diz que da leitura do dispositivo denota-se que o instituto guarda relação com a antecipação parcial do imposto sem substituição, pois o contribuinte é o próprio adquirente, sendo exigido o ICMS, que somente seria cobrado na saída da mercadoria do seu estabelecimento.

Alega que, com frequência, o Fisco da Bahia vem autuando empresas adquirentes de mercadorias de outros Estados da Federação por ausência de recolhimento do ICMS antecipação parcial, sem considerar a natureza da operação, a atividade comercial do adquirente e a finalidade do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, acarretando em lançamentos e imposição de pesadas multas para contribuintes que não se enquadram na determinação legal de antecipação do imposto.

Frisa que os referidos artigos dispõem que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização. Nesse sentido, apresenta exemplo.

Assinala que sobre o tema, o próprio Conselho Estadual de Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF já se manifestou e vem julgando improcedentes os Autos de Infração lavrados para exigir ICMS antecipação parcial, conforme decisão que transcreve.

Afirma que nos casos de aquisição de produtos para transformação e posterior revenda, também não há que se falar em obrigação de recolhimento do ICMS por antecipação, pois a venda do produto

para o adquirente encerra a fase de tributação, dando início a operação diversa, com produtos diversos, apesar de compostos em sua essência por aqueles adquiridos de outros Estados.

Diz se tratar de produto novo, não havendo que se falar em aquisição para fins de comercialização direta, tendo em vista que foi encerrada a fase de tributação, não estando preenchido o requisito exigido no art. 12-A. Registra que, nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Bahia já se manifestou sobre a matéria, ao julgar o caso de uma empresa franquizada de *fast food*, conforme acórdão que reproduz.

Assevera que, ainda que se argumente que a atividade desenvolvida no sentido de utilizar-se dos bens adquiridos para compor seu produto final, pode ser enquadrada através de uma interpretação extensiva no referido mandamento legal, o ordenamento jurídico pátrio veda tal forma de aplicação da legislação tributária, consoante o art. 150, I, da Constituição Federal; art. 9º, I e art. 97, I e III, do CTN, encabeçando o princípio da tipicidade cerrada, veda a interpretação extensiva da norma fiscal impositiva de obrigação pecuniária.

Reproduz lição de Samuel Monteiro sobre Auto de Infração. Alega que não vulnerou quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu atos irregulares, até porque o pagamento do imposto para o ramo de calçados é efetuado de forma antecipada, assim não pode sujeitar-se às cominações que se lhe venha impingir este Auto de Infração, como já demonstrado através de irregularidades cometidas nas planilhas elaboradas pelo autuante, e como se deu a referida ação fiscal, haja vista que esta ocorreu em face ao pedido de baixa de inscrição da empresa que formulara.

Afirma que vários lançamentos de Notas Fiscais e imposto descritos na planilha do autuante estão comprometidos por erro que causam a ilegalidade, consoante doutrina comungada pelos tributaristas. Transcreve, nesse sentido, ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins.

Conclusivamente, diz que restou plenamente demonstrado através das planilhas e documentos juntados a impugnação que o autuante ao lavrar o Auto de Infração cometeu diversos erros e irregularidades, como, por exemplo, ter calculado imposto em notas de “acessórios”; repetição da mesma nota na mesma planilha ou em outra planilha, não ter computado valores pagos relativos a impostos e outros erros gritantes, irregularidades estas que podem e devem ser reparadas por este Conselho Fiscal.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, alternativamente, no caso de não ser acolhida a improcedência, que seja acolhido por esta Junta de Julgamento Fiscal os seus argumentos para abater os valores de imposto decorrente de outros erros demonstrados, bem como as multas relativas a tais infrações, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração, reduzindo o seu o valor. Requer, por fim, a realização de diligências necessárias à plena elucidação das questões suscitadas, inclusive a realização de perícias, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos, e suplementação de provas, como a juntada de novos documentos em prova e contraprova. Protesta também pela exibição e juntada de novos comprovantes, se assim forem requeridos por este órgão julgador.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 868 a 873 – vol. III), na qual contesta as preliminares de nulidade arguidas, afirmando que o Auto de Infração foi devidamente lavrado, em estrito cumprimento à legislação, em cumprimento à Ordem de Serviço 501885/14, sem vícios formais e sem ferir a Lei nem o Regulamento pertinente ao ICMS e nem ao Processo Administrativo Fiscal.

Rechaça a alegação defensiva atinente à infração 01, afirmando que, na realidade, não ocorreu qualquer sucessão, haja vista que as duas empresas estavam funcionando concomitantemente no mesmo endereço.

Esclarece que a Supervisão da INFAZ VAREJO, bem como o Inspetor Fazendário da mesma repartição, em reunião com o sócio majoritário, acompanhado do profissional Contador e do representante, pediu esclarecimentos em relação à alegada “sucessão”, uma vez que não havia

nenhum elemento que confirmasse tal procedimento. Acrescenta que no decorrer da reunião o contribuinte, por intermédio do seu Contador, esclareceu não ter interesse em regularizar a situação da sucessão, perante aos órgãos competentes, já que teria prejuízo.

Diz que foi informado que a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda. faz jus a um crédito presumido de 90% sobre as saídas das mercadorias por ele produzidas, por ser estabelecimento industrial, pretendendo solicitar a extensão do benefício para 95% e, caso formalizasse a "sucessão" ficaria impossibilitado de obter tal benefício.

Manifesta o entendimento de que, diante disso, o contribuinte preferiu apenas e unicamente, dar saída das mercadorias dos estabelecimentos da empresa fiscalizada, sem destaque do ICMS e sob a alegação que se tratava de uma "sucessão", ou seja, os estabelecimentos da empresa Água do Mar Confecções Ltda., deixariam de existir no mundo jurídico, sem nenhuma responsabilidade jurídica perante a Receita Estadual.

Quanto à infração 02, sustenta que os argumentos defensivos não fazem qualquer sentido, haja vista que efetuou transferências de mercadorias tributáveis, como se tais mercadorias fossem não tributáveis, desconsiderando-se o fato gerador do imposto.

No que tange à infração 04, assevera que o autuado, efetivamente, omitiu saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito. Salaria que o autuado, mais uma vez, apresenta como escudo para não cumprir com sua obrigação a já alegada "sucessão".

No que diz respeito à infração 08, diz que o Auditor Fiscal ao realizar o seu trabalho fiscalizatório, o faz com fulcro na legislação, cabendo ao sujeito passivo da obrigação tributária concordar ou não.

Destaca o fato de que em fevereiro de 2014 o contribuinte teve suas inscrições na situação de "INAPTAS" pela não apresentação de DMAs, após o que solicitou reativação das inscrições, retornando a condição de "ATIVA" e, somente no decorrer da ação fiscal solicitou a baixa das suas inscrições, conforme "Histórico de Situação", obtido do Sistema da SEFAZ, acessado em 19/01/2015, anexado.

Aduz que o impugnante alega que a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., sucedeu a Água do Mar Confecções Esportivas Ltda., a partir de 01/10/2013. Questiona como isso se explica, diante do fato deste se encontrar devidamente na condição de ATIVA em março de 2014, conforme o documento anexo, acima referido.

Salaria que, apesar de se tratar de empresa com doze estabelecimentos em atividade, inclusive funcionando em todos os shoppings de Salvador, o capital social da empresa Água do Mar Confecções Esportivas Ltda. é de apenas R\$20.000,00. Observa que alteração contratual apresentada pela empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., não consta majoração do capital social, e unicamente, a criação de estabelecimentos filiais nos mesmos endereços onde funcionavam a empresa Água do Mar Confecções Esportivas Ltda.

Aduz que, surpreendentemente, o capital social da empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., continuou no valor de apenas R\$35.000,00, o que, segundo diz, é um verdadeiro acinte às práticas comerciais e legais, e, supostamente, para fins de induzir o erário a erro.

Ressalta que o contribuinte pelas suas práticas merece uma investigação mais aprofundada do seu patrimônio, com acurado exame, principalmente, dos livros contábeis, pelo fato de existirem indício de fraude à legislação comercial e fiscal, nas três esferas da Federação.

Observa que o contribuinte não entregou à Fiscalização os livros e documentos contábeis o que lhe impossibilitou de proceder auditoria contábil, roteiro necessário e indispensável para apresentação de auditoria conclusiva da situação real da referida empresa perante ao Erário Estadual.

Assinala que, caso se entenda necessário, que seja analisada toda a situação exposta e que, mediante diligência, seja solicitado ao contribuinte a regularização perante aos órgãos competentes da alegada sucessão para, que este possa obter o benefício da isenção do ICMS nas saídas das mercadorias, bem como de todo o patrimônio da empresa Água do Mar Confecções Esportivas Ltda.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que foram impugnadas as infrações 01, 02, 04 e 08 e reconhecidas as infrações 03, 05, 06 e 07.

Inicialmente, no que concerne a arguição de nulidade do Auto de Infração, por manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, tanto o motivo quanto à motivação constam claramente no lançamento em exame.

Verifica-se que as infrações estão descritas claramente no Auto de Infração, sendo possível determinar a natureza de cada uma delas, a base de cálculo, o valor do imposto exigido, o sujeito passivo e o ato infracional imputado.

Desse modo, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante e manifestação do autuante no sentido de que, caso se entenda necessário, seja realizada diligência, a fim de solicitar ao autuado a regularização perante aos órgãos competentes da alegada sucessão, saliento que o art. 147, I, “b”, do RPAF/99, determina que será indeferido o pedido de diligência quando *for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos*. Por certo que, caso dispusesse dos documentos atinentes à sucessão, assim como de elementos de provas capazes de elidir a autuação, caberia ao autuado juntar à peça de defesa ou, ainda no exercício do direito de sustentação oral de suas razões trazê-los na sessão de julgamento, o que não foi feito.

Diante disso, indefiro o pedido com fundamento art. 147, I, “b”, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de realização de perícia, cabe observar que a matéria de que cuida o Auto de Infração em exame é de pleno conhecimento dos julgadores, inexistindo, no presente caso, qualquer necessidade ou indispensabilidade de participação de perito para solução da lide. Assim sendo, indefiro o pedido de realização de perícia com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 01, constato que tem como cerne da questão a ocorrência ou não de sucessão empresarial.

Alega o impugnante que requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013, pois, a partir de 01/10/2013 a loja passaria a funcionar pela nova empresa sucessora, no caso Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ Nº.07551590/00, Inscrição Estadual nº 112053152 – NO, sendo que tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Sustenta que na sucessão empresarial não incide o ICMS, invocando, nesse sentido, o Parecer DITRI Nº 13.530/2011, emitido pela Gerência de Consulta Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, cujo parecerista foi o Dr. Helcônio de Souza Almeida, o qual foi ratificado pela Dra.

Sandra Urânia Silva Andrade (Gerente da GECOT) em 04/07/2011, e ainda pelo Dr. Jorge Luiz Santos Gonzaga (Diretor da DITRI) em 05/07/2011.

No referido Parecer foi manifestado o entendimento de que a sucessão empresarial não se configura como fato gerador do ICMS, devendo a nota fiscal ser emitida sem destaque do imposto.

Por certo que o entendimento da Diretoria de Tributação não merece qualquer reparo, haja vista que é indubitado de que o ICMS não incide em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão, consoante estabelece o art. 6º, XI, "b", do RICMS/BA/97, aduzido no referido Parecer.

Assim sendo, não havendo incidência do ICMS no caso de sucessão, caso reste comprovada a regularidade da transação, inexistente qualquer irregularidade se o contribuinte emite notas fiscais sem destaque do imposto.

No presente caso, para elidir este item da autuação, cabia ao autuado apresentar os documentos hábeis de provas da sucessão, haja vista que, nos termos do art. 1.144 do Código Civil, para que possa produzir efeitos quanto a terceiros, o instrumento da sucessão deve ser averbado no Registro Público de Empresas Mercantis, e depois publicado na imprensa oficial.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não se apresenta suficiente para elidir a autuação, portanto, cabe ao sujeito passivo comprovar com elemento probatório de que disponha a improcedência da autuação. Nesse sentido, determina o RPAF/99, precisamente nos seus artigos 142 e 143.

Diante disso, a infração 01 é procedente.

Quanto à infração 02, observo que o autuado alega que a Súmula 166/96 do STJ dispõe que não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, sendo, portanto, indevida a tributação do ICMS sobre a operação de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Diz que, assim sendo, o artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, que determina a tributação do ICMS, ao considerar ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que outro estabelecimento do mesmo titular, invadiu a competência determinada e fixada pelo legislador constituinte, haja vista que somente há autorização para instituir e cobrar o ICMS na hipótese de operação de circulação jurídica de mercadoria, e não sobre a transferência entre filiais, como equivocadamente entende o Estado.

Certamente que não pode prosperar o entendimento sustentado pelo impugnante, haja vista que a Súmula 166/96 é anterior à Lei Complementar nº 87/96, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do ICMS, sendo que a referida Lei estabelece as normas de hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de natureza mais específica.

O art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, determina que o fato gerador do imposto ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, portanto, nas transferências.

Dessa forma, este item da autuação é subsistente, haja vista que restou comprovado que o autuado deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ao realizar transferências de mercadorias para outros estabelecimentos da empresa sem destaque do imposto. Infração subsistente.

Quanto à infração 04, também tem como cerne da questão a ocorrência ou não de sucessão empresarial alegada pelo autuado.

O que foi dito na análise da infração 01 se aplica inteiramente a esta infração 04.

A alegação defensiva é de que, em face de sucessão empresarial ocorrida, a empresa sucessora foi quem efetuou as vendas diretas ao consumidor, utilizando as maquinetas de cartões de crédito que já existiam na loja, em nome da empresa sucedida, inexistindo imposto a pagar, conforme exige a autuação.

Na realidade, o que foi dito na análise da infração 01 se aplica a esta infração 04. Ou seja, para elidir este item da autuação, cabia ao autuado apresentar os documentos hábeis de provas da sucessão, haja vista que, nos termos do art. 1.144 do Código Civil, para que possa produzir efeitos quanto a terceiros, o instrumento da sucessão deve ser averbado no Registro Público de Empresas Mercantis, e depois publicado na imprensa oficial.

Vale registrar que, independentemente da sucessão, caso restasse comprovado pelo impugnante que as vendas realizadas ocorreram com a utilização das maquinetas de cartões de crédito que já existiam na loja, em seu nome, por certo que inexistiria imposto a pagar, conforme exigido na autuação.

Ocorre que tal alegação não restou comprovada. O autuado apenas alegou nada comprovou.

Por certo que a simples negativa do cometimento da infração não se apresenta suficiente para elidir a autuação, portanto, cabe ao sujeito passivo comprovar com elemento probatório de que disponha a improcedência da autuação. Nesse sentido, determina o RPAF/99, precisamente nos seus artigos 142 e 143.

Assim sendo, por não restar comprovada a alegada sucessão, esta infração 04 é subsistente.

No respeitante à infração 08 - *Efetuoou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior* – observo que o autuado conduz o seus argumentos, alegando a inaplicabilidade da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos oriundos de outros Estados destinados à transformação, uso, consumo e incorporação ao ativo imobilizado do estabelecimento. Em síntese, sustenta que descabe a “antecipação parcial do ICMS”.

Ora, verifica-se, claramente, que a imputação diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, portanto, inexistindo qualquer exigência quanto ao ICMS devido por antecipação parcial, conforme aduzido pelo impugnante.

Noto que existem três aspectos neste item da autuação que não se amoldam a tese defensiva. Primeiro não se trata de antecipação parcial do ICMS, mas sim de antecipação “total”.

Segundo, as mercadorias arroladas na autuação são sandálias e chinelos, portanto, produtos acabados destinados à comercialização, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 68 a 77 dos autos.

Terceiro, a exigência diz respeito à diferença do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, cujo recolhimento fora efetuado pelo autuado sem qualquer questionamento, porém, a menos do que o devido.

Desse modo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 117227.0316/14-0, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 137.398,92**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 52.090,09 e de 100% sobre

R\$ 85.308,83, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" "d" "f", e III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 1.860,75**, previstas nos incisos IX, XI e II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, de acordo Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR