

,A. I. Nº - 130609.0170/14-1
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22.09.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-01/15

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, mesmo com a realização de diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal para que o autuado apresentasse os elementos hábeis de provas da sucessão. Infração subsistente. 2. 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 ocorrência de sucessão empresarial não restou comprovada, mesmo com a realização de diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal para que o autuado apresentasse os elementos hábeis de provas da sucessão. Independentemente da ausência de comprovação 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, certamente que inexistiria imposto a pagar, conforme exigido na autuação. Ocorre que tal alegação não restou comprovada. O autuado apenas alegou. Infração subsistente. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 4. 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, ou seja, ainda que se trate de 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. Não acolhida a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia/diligência. 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\$185.290,52, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a mercadorias não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no mês de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$92.632,04, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., CNPJ Nº 07551590, Inscrição Estadual nº 112.055.196, no dia 01/10/2013, no valor de R\$544.894,38, sem destaque do ICMS no valor de R\$92.632,04. Consta, ainda, que a fundamentação consignada na Nota Fiscal nº 220 no campo “Informações Complementares”, é que se trata de operação enquadrada no art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96. Há ainda o registro de que, não obstante, o alegado pelo contribuinte não se caracteriza como não incidência, haja vista que a empresa continuou ativa e funcionando, em paralelo com outra empresa legalmente constituída, no mesmo local, conforme informações do Sistema da SEFAZ/BA e informações obtidas junto à Administradora do Condomínio Shopping Center Lapa, anexadas aos autos, portanto, inexistindo a suposta não incidência;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada através de omissão de saídas de mercadorias tributada, 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 fevereiro, março, abril, outubro e dezembro de 2012, junho, julho, setembro e outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$68.584,55, acrescido da multa de 100%;
3. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses fevereiro e março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ R\$ 1.131,08, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho a setembro de 2012, janeiro, março, junho, julho a setembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.942,85, 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 levantamentos mensais de débitos e de créditos, conforme demonstrativos.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 66 a 73) registrando que impugnar as infrações 01, 02 e 04 e reconhece a infração 03.

Ressalta, de início, que o Auto de Infração em lide, foi originário de pedido que formulara, perante a Inspetoria 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 inoccorrência 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 Confecções Ltda., CNPJ Nº.07551590/0010-80, Inscrição Estadual nº 1120555196 – 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, 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 Confecções Ltda., CNPJ 07551590/0010-80, Inscrição Estadual nº 1120555196 – 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. Afirma que tal fato gerou apenas a divergência dessas informações somente neste período de transição da aludida sucessão empresarial.

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 já fora 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 que tange à infração 04, 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.

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 ficaram plenamente demonstrados 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. 84 a 86) esclarecendo, inicialmente, quanto à infração 01, que o Inspetor Fazendário juntamente com a Supervisão, em reunião com o sócio majoritário da empresa, acompanhado do Contador e do representante, solicitou esclarecimento em relação a alegada "sucessão", já que não havia nenhum elemento que confirmasse tal procedimento.

Registra que no decorrer da conversação o contribuinte, através 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 Confeções Ltda. faz jus a um crédito presumido de 90% sobre as saídas das mercadorias por ela 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, realizar 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 Confeções Ltda., deixariam de existir no mundo jurídico, sem nenhuma responsabilidade jurídica perante a Receita Estadual.

Salienta que o estabelecimento matriz foi fiscalizado pelo Auditor Fiscal Roque Pereira da Silva e, apesar de reiteradas intimações, o contribuinte deixou de apresentar os documentos fisco contábeis, bem como o seu livro diário.

Esclarece que a fiscalização foi concluída, em parte, sem a homologação dos exercícios fiscalizados daquele estabelecimento.

Consigna que outro fato importante a ser elucidado é que a empresa fiscalizada possuía 12 estabelecimentos "Ativos" quando do início da ação fiscal. Em fevereiro de 2014 teve suas inscrições na condição de "INAPTAS", decorrente da 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.

Ressalta que, apesar de se tratar de empresa com 12 estabelecimentos em atividade, inclusive, funcionando em todos os shoppings de Salvador, o capital social da empresa Água do Mar Comércio de Confeções Ltda., é de apenas R\$20.000,00. Acrescenta que na alteração contratual apresentada pela empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., não consta majoração do capital social, e unicamente, a criação de estabelecimentos filiais nos mesmos endereços onde funcionavam a empresa fiscalizada, no caso, Água do Mar Comércio de Confeções Ltda.

Registra que para sua surpresa, verificou que o capital social da empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., continuou no valor de apenas R\$35.000,00, num acinte às práticas comerciais e legais, e, supostamente, para fins de induzir a erro o Erário. Diz que isso, por si só, merece uma investigação mais aprofundada do seu patrimônio, com acurado exame, principalmente, dos livros contábeis, por ser indicio de fraude à legislação comercial e fiscal, nas três esferas da Federação.

Alega que com a recusa de entrega dos livros e documentos contábeis ficou impossibilitado de proceder à auditoria contábil, roteiro necessário e indispensável para apresentação de auditoria conclusiva da situação real da empresa perante o Erário Público Estadual.

Solicita que, caso se entenda necessário, seja analisada toda a situação exposta e que, mediante diligência, seja solicitada 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 Comércio de Confeções Ltda.

Conclui mantendo este item da autuação.

No que tange à infração 02, afirma que o autuado numa manobra, visivelmente protelatória apenas alega que vai se defender e prossegue sem se referir ao assunto.

Quanto à infração 03, registra que o autuado reconheceu a procedência da autuação.

No tocante à infração 04, assevera que mais uma vez o contribuinte em desapareço pela legislação pertinente, que consagra a independência dos estabelecimentos discorre longamente opondo questionamentos jurídicos que por mais relevantes não estão ainda cristalizados e não vinculam a administração tributária e, mais ainda, constituem-se em verdadeiro atentado às finanças do Estado. Mantém a autuação.

Finaliza a peça informativa mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, considerando a alegação defensiva de que os fatos infracionais imputados pela Fiscalização decorreram de sucessão empresarial, converteu o feito em diligência à INFAZ de origem (fl. 94), a fim de que o órgão competente da repartição fazendária intimasse o autuado a apresentar os documentos hábeis de provas atinentes a alegada sucessão.

O autuado cientificado da solicitação contida na diligência se manifestou (fls. 102 a 107).

No que concerne à infração 01, rechaça todos os termos aduzidos pelo autuante na informação fiscal. Afirma que em momento algum o representante legal da empresa ou seu Contador tiveram qualquer conversa sobre não efetuar a sucessão da empresa Água do Mar Comércio de Confecções Ltda., pela empresa Pereira Borges, como indevidamente fora alegado, até porque os sócios de ambas as empresas são os mesmos, portanto isso não seria nenhum problema.

Explica que a empresa Pereira Borges produzia as peças que eram então antigamente vendidas pela empresa Água do Mar Comércio de Confecções Ltda., trazendo prejuízos de grande monta para a mesma, por causa de duas tributações. Acrescenta que hoje a situação passou a ser diferente, já que a própria Pereira Borges é quem industrializa as mercadorias e as vende diretamente aos seus clientes e consumidores.

Assegura que também não é verdadeira a alegação do autuante de que o estabelecimento matriz tivesse sido fiscalizado pelo Auditor Fiscal Roque Pereira da Silva, e que a empresa tenha deixado de entregar qualquer documento. Sustenta que isto jamais ocorreu com a empresa. Acrescenta que, além disso, também não é verdade que o pedido de baixa foi posterior a ação fiscal, pois este foi formulado anteriormente à ação fiscal, a qual foi derivada deste pedido. Diz que, desse modo, falta com a verdade o autuante neste ponto.

Assevera que 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. Reitera o que dissera na defesa inicial sobre o Parecer nº 13.530/2011.

Conclui que é improcedente esta infração.

Quanto à infração 02, repete os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial. Afirma que esta infração é improcedente.

No respeitante à infração 04, também reitera os argumentos apresentadas na defesa inicial. Sustenta que a infração é improcedente.

Finaliza a manifestação reiterando os pedidos formulados na defesa vestibular.

O autuante se pronunciou (fl. 112) registrando que o autuado apresenta em sua manifestação repetitiva cópia da peça de defesa, na qual, em nenhum item, atende ao determinado na intimação de fl.99, ou seja, para apresentar os documentos hábeis de provas atinentes a alegada sucessão, conforme determinado na diligência solicitada pela 1ª JIF.

Ressalta que em sua manifestação o autuado alega, apenas, que em outubro de 2013 requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013. Assevera que isto não é verdade e nem foi juntada qualquer prova documental que confirme o alegado.

Salienta que a prova documental existente nos autos é a de fl. 98, no caso “EXTRATO DOS DADOS CADASTRAIS”, no qual está provado que a empresa somente foi baixada em 22/08/2014. Diz que, além disso, o signatário junta à fl. 113 dos autos “EXTRATO DA DMA DO MÊS 06/2014”, no qual se verifica que até 17/07/2014, apresentou suas DMAs com a informação: "Motivo de Baixa: Não". Ressalta que foi a apresentação de seguidas DMAs sem movimento que ofereceu indícios para a operação de fiscalização. Diz que, aparentemente, o autuado jogava com a possibilidade da prescrição, mantendo a empresa ativa.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

Consta extrato do extrato do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido às fls. 89 a 92 dos autos.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que as infrações 01, 02 e 04 foram impugnadas e a infração 03 reconhecida.

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 a motivação constam claramente no lançamento em exame, sendo possível verificar, inclusive, que a autuação gira em torno de uma alegada sucessão (infrações 01 e 02) e da não incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa (infração 04).

Verifico que as infrações estão descritas claramente no Auto de Infração, sendo possível determinar o montante da 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 esta Junta de Julgamento Fiscal na busca da verdade material, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, a fim de que o autuado fosse intimado apresentar os documentos que confirmassem a sucessão.

No que tange aos demais tópicos da autuação, considero os elementos existentes nos autos suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, razão pela qual indefiro o pedido de realização de diligências com fundamento art. 147, I, “b”, do RPAF/99.

Relativamente 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 indubitoso 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 infração 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 relevante consignar que, atendendo a solicitação do autuado e na busca da verdade material, ou seja, no intuito de que fosse comprovado pelo autuado o fato alegado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, a fim de que o autuado fosse intimado apresentar os documentos que confirmassem a sucessão.

Ocorreu que, apesar de intimado para apresentar os elementos de provas da sucessão, o autuado nada trouxe. Na realidade, apenas se manifestou reiterando os termos da defesa inicial.

Importante também registrar que, na sessão de julgamento, o ilustre representante do contribuinte ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões apresentou Contrato Social atinente à empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., no intuito de comprovar que os sócios são os mesmos da empresa Água do Mar Comércio de Confeções Ltda., fato já alegado na defesa vestibular, porém, que não comprova a sucessão. Certamente que a participação dos mesmos sócios em duas empresas distintas, por si só, não comprova a ocorrência da sucessão.

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

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 02. 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.

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

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, certamente que inexistiria imposto a pagar, conforme exigido na

autuação. Ocorre que tal alegação não restou comprovada. O autuado apenas alegou. Nada apresentou que comprovasse o alegado.

Diante do exposto, esta infração 02 é subsistente.

Quanto à infração 03, observo que foi reconhecida pelo autuado, o que confirma o acerto da autuação. Infração caracterizada.

Quanto à infração 04, alega o autuado 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. Infração 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 **130609.0170/14-1**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$185.290,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.073,93, e 100% sobre R\$161.216,59, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "b", e III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR