

A. I. Nº - 206908.0019/14-3
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIS FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0209-05/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. TRANSFERÊNCIA DE ESTOQUE. Restou comprovado que a sociedade empresária não se encontra ativa no cadastro da SEFAZ, desde 20/08/2014, e que no mesmo endereço passou a funcionar como filial da empresa matriz, a Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., permanecendo as mercadorias no mesmo endereço. **Infração elidida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Trata-se de transferências internas de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular, o que de acordo com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 não incide ICMS. **Infração improcedente. 3. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DECLARADAS EM MONTANTE INFERIOR AO FORNECIDO POR EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. **Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS, no valor histórico de R\$92.106,66 em razão das seguintes irregularidades:

1 – Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Empresa efetuou vendas de mercadorias para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, no dia 01 de outubro de 2013, Nota Fiscal 275, no valor de R\$ 359.424,10, no mês de outubro/2013, sem destaque do ICMS de R\$59.502,10. Multa de 100% prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

2 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Relativo às transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto apurado mediante Auditoria de Transferências, efetuado levantamentos mensais de débitos e de créditos, conforme demonstrativos em anexo. ICMS no valor de R\$21.430,69 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

3 – Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$11.273,87 e multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 98 a 105, e após narrar os fatos descritos no Auto de Infração, ressalta que este foi originário do pedido do próprio impugnante que requereu perante a Inspetoria Fazendária Estadual, a baixa da inscrição estadual da empresa. Entende que o Auto de Infração que ora se hostiliza, em face de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a contida na peça acusatória.

Ressalta que o presente Auto foi lavrado após o requerimento de baixa regular na empresa, em função de sucessão empresarial, para outra empresa do mesmo grupo empresarial, cujos sócios das duas (sucedida e sucessora), são os mesmos.

Passa a expor as razões de defesa, tendo em vista que as acusações não procedem e não podem prosperar. Desse modo, a infração 01, relativa à transferência de estoque entre matriz e filial, referente à sucessão empresarial, explica que em outubro de 2013, a empresa impugnante requereu baixa de sua inscrição estadual, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013. Isto porque esta loja da empresa impugnante, a partir de 01/10/2013, passaria, como de fato passou a funcionar pela nova empresa sucessora, Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, CNPJ 075511590/0006-02, com inscrição estadual 112054179-NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possui os mesmos sócios.

Assim, indevida é a arguição do Sr. Fiscal de que deveria ser emitida uma nota fiscal, com destaque do ICMS a ser recolhido sobre o valor Base de Cálculo do Estoque, ora transferido de uma empresa para a outra, até mesmo porque a maioria dos produtos foram produzidos pela empresa sucessora.

Chama a atenção para os termos do ANEXO PARECER DE Nº 13.530/2011 DE 30/06/2011 emitido pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado da Bahia, em anexo, que 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, cujo texto da resposta é o seguinte:

“A sucessão de empresas é matéria que pertine ao direito empresarial cabendo a este ramo do direito estabelecer as regras como deve ocorrer, cabendo ao direito tributário imprimir-lhe as consequências tributárias. Entendendo pois, que ocorreu, como afirma a consultante, a "transferência de titularidade" da H Stern para HSJ Comercial S. A. a disciplina tributária indica em relação ao ICMS que nesta hipótese deverão ser observadas as seguintes normas:

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

XI - operação interna de qualquer natureza decorrente da transmissão da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência:

a)

b) em caso de sucessão "inter vivos", tais como venda de estabelecimento eu fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

Portanto, instaurada a sucessão, a empresa sucessora, no caso a HSJ Comercial, assume a posição de titular donde conclui que, a H Stern, ora sucedida, deverá emitir nota fiscal em nome da HSJ para documentar a saída das mercadorias de acordo com o inciso VII do art. 201 do RICMS/BA, in verbis:

"Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS:

VII - na data do encerramento das atividades do estabelecimento, relativamente às mercadorias existentes no estoque final;"

Assim, o lançamento da nota fiscal referida deve ser feito nos registros fiscais correspondentes, observando-se que se trata de documento fiscal sem destaque do imposto pois a sucessão como vimos, não se configura como fato gerador do ICMS."

Desta forma, sustenta que já se evidencia, claramente, que a Infração 01 se encontra desprovida de fundamento legal, tendo em vista que a sucessão, com base nos dispositivos legais supra mencionados no Parecer, não se configura como fato gerador de ICMS, pelo que pede a sua improcedência.

No que concerne à infração 02, estaria apoiada no art. 2º; 50, 111 inciso I, e 124 Inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 com aplicação da Multa prevista no Art. 42, Inciso II, letra “a” da Lei 7.014/96.

Invoca a Súmula 166 do STJ que afirma que não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Relata que muitas empresas necessitam transferir mercadorias e/ou produtos de sua matriz para sua filial ou de filiais para filiais, as quais se encontram sediadas em outras unidades da federação, e, por conta das regras dispostas no Regulamento de ICMS e na Lei Kandir, se vêem obrigadas a recolher aos cofres públicos o ICMS sobre tal operação.

Ocorre que é indevida a tributação do ICMS sobre a operação de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, sendo 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.

Isso porque, em que pese o art. 155, II, da CF, outorgar aos Estados e ao Distrito Federal a competência de instituir tributo sobre as operações de circulação de mercadorias, a doutrina e a jurisprudência pátria, em especial dos Tribunais Superiores, já definiu que a circulação de mercadoria versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica do bem (mercadoria ou produto), ou seja, aquela que representa efetivo ato de mercancia, um negócio jurídico cuja finalidade é a obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

Portanto, o ICMS não incide sobre qualquer operação de circulação de mercadoria, apenas sobre circulação jurídica da mercadoria (e não meramente física), isto é, que importe em transferência de titularidade sobre a propriedade do bem. 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.

Assim, o artigo 12,1 da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), 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.

A matéria já está pacificada no Poder Judiciário, tendo o Superior Tribunal de Justiça inclusive editado Súmula, de nº 166, com o seguinte verbete: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

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, conforme decisões que transcreve.

Contudo, infelizmente o Fisco Estadual não vem adotando o posicionamento do Poder Judiciário e segue aplicando a legislação infraconstitucional inválida, razão pela qual não resta outra alternativa aos contribuintes que desejam efetuar as referidas operações sem ter que recolher o ICMS, nem sofrer qualquer autuação fiscal, que ingressar em juízo com um mandado de segurança preventivo, a fim de que seja reconhecida a ilegalidade de tal exação fiscal. Na hipótese de o contribuinte já ter sido autuado por tais operações, possível o ajuizamento de ação anulatória do lançamento fiscal ou oposição de embargos à execução no caso de já estar sofrendo execução fiscal.

Desta forma, já se evidencia claramente que a Infração 02 deste Auto, se encontra desprovida de fundamento legal, de acordo com a Súmula 166 do STJ e todo entendimento uníssono da Doutrina e Jurisprudência pátria, pelo que requer a improcedência da infração.

Com relação a infração 03, relativa à transferência de estoque entre matriz e filial esclarece que em outubro de 2013, a empresa Impugnante requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013.

Portanto, como esta loja da empresa impugnante, a partir de 01/10/2013 passaria, como de fato passou a funcionar pela nova empresa sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0006-02, COM INSCRIÇÃO ESTADUAL 112054179 – NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possui os mesmos sócios, a infração não pode prosperar.

Assim, indevida é a arguição do Sr. Fiscal de que houve omissão de saída de mercadoria tributada 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.

Isto porque, quando houve a sucessão empresarial, 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 07551590/0006-02, com INSCRIÇÃO ESTADUAL 112054179 – NO, porém, como esta empresa ainda não possuía neste início de 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, a empresa impugnante. Tal fato gerou apenas a divergência destas informações somente neste período de transição da aludida sucessão empresarial.

Assim, 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.

Assinala que deve ser julgada improcedente a Infração, tendo em vista que o valor do imposto de ICMS deste período de transição apurado de R\$11.273,87 sobre a base de cálculo ora descrita no Auto, já foi pago pela empresa sucessora, posto que foi ela quem emitiu as Notas Fiscais direta para o consumidor final e o crédito relativo a estas vendas foram creditados em nome da empresa sucedida.

Traz lições doutrinárias, vez que o Auto de Infração é um ato administrativo sempre regrado e vinculado, e deve preencher os requisitos para a garantia e segurança do fisco e do autuado. Portanto, toda ação fiscal deve ser instaurada em consonância com os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, nos termos da CF, caput do art. 37.

Assevera que ficaram plenamente demonstrados, por meio das planilhas e documentos juntados a esta Impugnação do Auto de Infração, que o autuante, ao lavrar o Auto cometeu diversos erros e irregularidades, certamente de forma involuntária, dada ao acúmulo de trabalho e a escassez de tempo para a prática e exame de toda farta documentação, mas que poderão causar prejuízos a empresa Impugnante (exemplo de: ter sido calculado imposto em notas de “acessórios”; repetição da mesma nota na mesma planilha ou em outra planilha, não ter sido computado valores pagos relativos a impostos e outros erros gritantes), irregularidades estas que podem e devem ser reparadas por esta Egrégia Turma Julgadora do Conselho Fiscal de Contribuintes do Estado da Bahia.

Diante de todos os fatos, fundamentos e provas apresentados, requer:

a) Seja acolhida e provida a presente impugnação para o fim de julgar Improcedente as infrações contidas no Auto de Infração ora combatido;

b) Requer alternativamente, que caso não seja acolhido integralmente o pedido de letra “a” formulado acima, seja acolhido por esta Turma Julgadora os argumentos desta impugnação, para abater os valores de imposto decorrente de outros erros demonstrados nesta peça processual,

bem como as multas relativas a tais infrações, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração, reduzindo desta forma o valor do mesmo.

c) Requer, outrossim, a realização de diligências, aquelas necessárias à plena elucidação das questões ora 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,

d) Protesta também pela exibição e juntada de novos comprovantes, se assim forem requeridos por este órgão julgador.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 118/120, e com relação à infração 01, esclarece que a supervisão, bem como o inspetor fazendário da Infaz Varejo, em reunião com o sócio majoritário, acompanhado do contador e do representante legal da empresa, pediu esclarecimento em relação à alegada “sucessão”, já que não havia nenhum elemento que confirmasse tal procedimento.

No decorrer da conversação o contribuinte, por meio do seu contador, esclareceu não ter interesse em regularizar a situação da sucessão, perante os órgãos competentes, já que teria prejuízo. Informou que a empresa “Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda”, faz jus a um crédito presumido de 90%, sobre as saídas de mercadorias por ele produzidas (estabelecimento industrial), pretendendo solicitar a extensão do benefício para 95%, e caso formalizasse a “sucessão”, ficaria impossibilitada de obter tal benefício.

Salienta que o estabelecimento matriz foi fiscalizado pelo auditor Roque Pereira da Silva e, apesar de reiteradas intimações, o contribuinte deixou de apresentar os documentos fiscais contábeis, bem como o seu livro diário. A fiscalização foi concluída em parte, sem a homologação dos exercícios fiscalizados daquele estabelecimento. Elucida que a empresa fiscalizada possuía 12 estabelecimentos “ativos”, quando do início da ação fiscal.

Em fevereiro de 2014, teve suas inscrições consideradas “inaptas”, pela não apresentação de DMAs, após o que solicitou a reativação das inscrições, retornando à condição de “ativa” e, somente no decorrer da ação fiscal solicitou a baixa das suas inscrições.

Informa que apesar de a empresa possuir 12 (doze) estabelecimentos em atividade, inclusive nos principais Shoppings de Salvador, o capital social é de apenas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Na alteração contratual apresentada pela empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., não consta majoração de capital social, e unicamente, a criação de estabelecimentos filiais, nos mesmos endereços, onde funcionava a empresa fiscalizada, e para sua surpresa o capital social da Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda, continuou no valor apenas de R\$35.000,00.

Assevera que todos esses fatos merecem uma investigação mais profunda com acurado exame nos livros contábeis. Ademais, com a recusa da entrega dos livros e documentos contábeis ficou impossibilitado de proceder auditoria contábil. Requer que mediante diligência a ser solicitada por este CONSEF, o contribuinte apresente a regularização perante os órgãos competentes, da alegada sucessão, para que 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. Pede a procedência da infração.

Na infração 02, salienta que, mais uma vez, o contribuinte em desprezo pela legislação pertinente, que consagra a independência dos estabelecimentos, discorre longamente opondo questionamentos jurídicos ainda não cristalizados e que não vinculam a administração tributária.

Na infração 03, o contribuinte elabora uma defesa protelatória, sem anexar qualquer tipo de prova.

Reitera o pedido de procedência do Auto de Infração.

O presente Auto de Infração foi diligenciado à ASTEC, com vistas a que o impugnante apresentasse as seguintes comprovações:

- 1) Registro do Contrato Social na Junta Comercial, da empresa sucessora, assim como da empresa sucedida, de forma a se verificar a comprovação de que os sócios são os mesmos, assim como a data de fundação da sociedade comercial sucessora aconteceu na véspera do encerramento da empresa sucedida, e também o mesmo endereço de funcionamento.
- 2) O pedido de baixa da empresa cujas atividades foram encerradas, junto à Secretaria da Fazenda e que encontra-se no pólo passivo da relação tributária neste processo em julgamento.
- 3) Cópia do Livro Registro de Inventário da empresa sucedida, de forma a comprovar que a nota fiscal 0275 (fl. 16) decorreu da transferência do valor do estoque para a empresa sucessora.
- 4) Relação de funcionários da empresa sucessora, assim como da sucedida, de forma a se comprovar que os mesmos ou ao menos parte dos funcionários continuaram na empresa sucessora, comprovando-se o vínculo trabalhista com as duas empresas.
- 5) A partir do Relatório TEF diário às fls. 79/92, cuja cópia foi entregue ao impugnante após a lavratura do auto, solicitar a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa “sucedida”, tiveram emissão de documentos fiscais pela “sucessora”, fazendo-se o devido cotejo por valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Foi solicitado ainda que na intimação, fosse reaberto prazo de defesa de 60 dias, de forma a que o impugnante pudesse reunir toda a documentação necessária, devendo ser feito relatório baseado nas provas apresentadas, assim como fosse verificado se procede a alegação de que as vendas efetuadas pelo impugnante por cartão de crédito, tiveram a respectiva documentação fiscal de saída, efetuada pela empresa “sucessora”.

Após o Relatório da Diligência, deverá ser dada ciência ao impugnante, para que se pronuncie no prazo de 10 dias, com posterior retorno a este Conselho de Fazenda.

O diligente emite o Parecer ASTEC Nº 60/2016, em 18 de julho de 2016, no qual o auditor fiscal estranho ao feito, designado pela Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda Estadual, informa que foram realizados os seguintes procedimentos: (fls. 130/132)

1 – Intimou o autuado a apresentar as devidas comprovações, como solicitadas por esta JJF, conforme Intimações Fiscais, fls. 133/135, a primeira por e-mail (fls. 134/135), e a segunda na empresa, fl. 133, haja vista que não confirmaram o recebimento da intimação fiscal enviada por e-mail.

2 – Em atendimento à intimação fiscal, o autuado por meio da Manifestação nº 017382/2016-0, (fls. 136/204), apresentou os seguintes documentos:

- a) A Alteração Contratual da empresa Água do Mar Confecções Esportivas Ltda, com endereço das lojas que foram reabertas em nome da Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, no dia 01/09/2013 (fls. 139/146).
- b) A GFIT com a relação dos empregados da empresa sucedida, Água do Mar Confecções Esportivas Ltda (doc. 147/150);
- c) A GFIT com a relação dos empregados da empresa sucessora Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda (fls. 152/153).
- d) A Nota Fiscal 275 (fl. 154), emitida em 01/10/2013, e a relação de mercadorias em anexo, totalizando R\$410.132,09 (fls. 155/203)
- e) O inventário do estoque em 01/10/2013, da Água do Mar Confecções Esportivas Ltda., o mesmo correspondente ao Anexo da Nota Fiscal 275 (fls. 155/203).

3 - Após análise dos documentos apresentados pelo autuado, e consultas feitas no Sistema INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, verificou os seguintes fatos:

- a- Não foi apresentado pelo autuado o pedido de baixa da empresa, cujas atividades foram encerradas junto à SEFAZ, como solicitado por esta JJF.

Deste modo foi feita consulta nos dados Cadastrais do Sistema INC, (fls. 206/211), da empresa Água do Mar Confeções Esportivas Ltda., inscrição estadual 078.956.794 e da Pereira Fábrica de Confeções Ltda., inscrição estadual 112.054.179 (IE da nota fiscal 275), onde consta que a empresa autuada sucedida está em situação BAIXADO desde 20/08/2014, e a empresa sucessora Pereira Borges está em situação ATIVO e foi inclusa no Cadastro da SEFAZ no dia 25/09/2013, constando os nomes de Kawan Almeida, Roberta Borges da Silva Almeida, Antoniel Pereira de Almeida e Lourival de Souza, como sócios de ambas as empresas.

- b Na comparação dos empregados relacionados na GFIT (fls. 147/150), referentes à empresa “sucedida”, Água do Mar Confeções Esportivas, cuja CNPJ é 34.431.213/0007-58, com os empregados relacionados na GFIT (fls. 152/153), da empresa sucessora Pereira Borges, em cujo CNPJ 07.551.590/0006-02, verifica-se que os empregados não são os mesmos como informados pelo autuado, e foi verificado também que o endereço do autuado é Av. Tancredo Neves, 148.
- c Não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa “sucedida”, Água do Mar Confeções Esportivas Ltda., tiveram emissão de notas fiscais pela “sucessora”, Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., não sendo possível, assim, verificar o devido cotejo entre o valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Após o relatório acima o diligente chega às seguintes conclusões:

- 1 Após análise e confronto dos documentos apresentados pelo autuado e consultas feitas no INC - Informações do Contribuinte da SEFAZ, conclui-se que a empresa sucedida Água do Mar Confeções Esportivas, foi baixada em 20/08/2014, e a empresa sucessora Pereira Fábrica de Confeções Ltda., foi inclusa no cadastro em 25/09/2013. Consta como sócios nas duas empresas, os nomes de Kawan Almeida, Roberta Borges da Silva Almeida, Antoniel de Almeida e Lourival de Souza.
- 2 O estoque apresentado refere-se ao anexo da Nota Fiscal 275, no valor de R\$410.000,00.
- 3 Não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa sucedida, Água do Mar Confeções Esportivas Ltda., tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., não sendo possível, assim, verificar o devido cotejo por valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

A sociedade empresária cientificada da conclusão da diligência, Parecer ASTEC nº 60/2016, adrede descrito, conforme Intimação de fl. 221, sendo-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, manteve-se silente.

Também foi constatada a ciência do autuante, conforme declaração de fl. 223.

Na sessão de julgamento, apresentou-se o Dr. Fernando Marques Villa Flor, como advogado da empresa, momento em que foi apresentado o substabelecimento de fl. 227.

Destaco que na sessão de julgamento, datada de 23 de novembro de 2016, o patrono da sociedade empresária fez-se portador de cópia da Certidão Simplificada Digital da Junta Comercial do Estado da Bahia, documento anexado às fls. 231/234 do PAF.

VOTO

Nego o pedido de diligência ou de perícia fiscal, pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da matéria trazida à lide.

Inicialmente constato que o presente Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/99, apto dessa forma a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Não acolho os argumentos trazidos na defesa, no sentido de que haveria alguma irregularidade na lavratura do Auto de Infração, haja vista que os princípios da moralidade, legalidade e

eficiência, foram obedecidos, e não foi apontado especificamente qualquer irregularidade na sua lavratura, limitando-se o defendente a argüir que o autuante “cometeu diversos erros e irregularidades”, “certamente de forma involuntária dada ao acúmulo de trabalho e a escassez de tempo para a prática e exame de toda a farta documentação [...]”. Passo ao exame do mérito:

Na infração 01 consta que o autuado efetuou vendas de mercadorias tributadas para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., no dia 01 de outubro de 2013, Nota Fiscal 275, no valor de R\$359.424,10, no mês de outubro/2013, sem destaque do ICMS no valor de R\$59.502,10. A empresa fundamentou, na nota fiscal, no campo “informações complementares” o disposto no art. 3º, XI, da Lei 7.014/96, a não incidência do ICMS.

Consta na descrição dos fatos no Auto de Infração que “Não obstante, o alegado pelo contribuinte, não se caracteriza a não incidência, visto que a empresa continua ativa e em funcionamento, em paralelo com outra empresa legalmente constituída, funcionando no mesmo local, conforme informações do Sistema da SEFAZ-BA.”.

Diante da controvérsia, em que o contribuinte autuado sustenta que ocorreu uma sucessão de empresas, e que a transmissão do estoque para a sucessora Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda. estaria amparada sob a não incidência do ICMS, e diante dos documentos acostados até o momento da defesa, o processo foi diligenciado à ASTEC para que a apuração dos fatos trouxesse a elucidação necessária ao deslinde da questão.

Nesse sentido, em cumprimento ao solicitado na diligência, auditor fiscal estranho ao feito, lotado na ASTEC, Assessoria Técnica deste CONSEF, emitiu o Parecer ASTEC Nº 60/2016, em 18 de julho de 2016, no qual o auditor fiscal estranho ao feito, designado pela Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda Estadual, informa que foram realizados os seguintes procedimentos: (fls. 130/132).

- 1 Intimou o autuado a apresentar as devidas comprovações, como solicitadas por esta JJF, conforme Intimações Fiscais, fls. 133/135, a primeira por e-mail (fls. 134/135), e a segunda na empresa, fl. 133, haja vista que não confirmaram o recebimento da intimação fiscal enviada por e-mail.
- 2 Em atendimento à intimação fiscal, o autuado por meio da Manifestação nº 017382/2016-0, (fls. 136/204), apresentou os seguintes documentos:
 - a) A Alteração Contratual da empresa Água do Mar Confeções Esportivas Ltda, com endereço das lojas que foram reabertas em nome da Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda, no dia 01/09/2013 (fls. 139/146).
 - b) A GFIT com a relação dos empregados da empresa sucedida, Água do Mar Confeções Esportivas Ltda (doc. 147/150);
 - c) A GFIT com a relação dos empregados da empresa sucessora Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda (fls. 152/153).
 - d) A Nota Fiscal 275 (fl. 154), emitida em 01/10/2013, e a relação de mercadorias em anexo, totalizando R\$ 410.132,09 (fls. 155/203)
 - e) O inventário do estoque em 01/10/2013, da Água do Mar Confeções Esportivas Ltda, o mesmo correspondente ao Anexo da Nota Fiscal 275 (fls. 155/203).
- 3 Após análise dos documentos apresentados pelo autuado, e consultas feitas no Sistema INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, verificou os seguintes fatos:
 - a Não foi apresentado pelo autuado o pedido de baixa da empresa, cujas atividades foram encerradas junto à SEFAZ, como solicitado por esta JJF.

Deste modo foi feita consulta nos dados Cadastrais do Sistema INC, (fls. 206/211), da empresa Água do Mar Confeções Esportivas Ltda, inscrição estadual 078.956.794 e da Pereira Fábrica de Confeções Ltda, inscrição estadual 112.054.179 (IE da nota fiscal 275), onde consta que a empresa autuada sucedida está em situação BAIXADO desde 20/08/2014, e a empresa sucessora Pereira

Borges está em situação ATIVO e foi inclusa no Cadastro da SEFAZ no dia 25/09/2013, constando os nomes de Kawan Almeida, Roberta Borges da Silva Almeida, Antoniel Pereira de Almeida e Lourival de Souza, como sócios de ambas empresas.

- b Na comparação dos empregados relacionados na GFIT (fls. 147/150), referentes à empresa “sucedida”, Água do Mar Confecções Esportivas, cuja CNPJ é 34.431.213/0007-58, com os empregados relacionados na GFIT (fls. 152/153), da empresa sucessora Pereira Borges, em cujo CNPJ 07.551.590/0006-02, verifica-se que os empregados não são os mesmos como informados pelo autuado, e foi verificado também que o endereço do autuado é Av. Tancredo Neves, 148.
- c Não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa “sucedida”, Água do Mar Confecções Esportivas Ltda, tiveram emissão de notas fiscais pela “sucessora”, Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, não sendo possível, assim, verificar o devido cotejo entre o valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Após o relatório acima o diligente chega às seguintes conclusões:

- 4 Após análise e confronto dos documentos apresentados pelo autuado e consultas feitas no INC - Informações do Contribuinte da SEFAZ, conclui-se que a empresa sucedida Água do Mar Confecções Esportivas, foi baixada em 20/08/2014, e a empresa sucessora Pereira Fábrica de Confecções Ltda, foi inclusa no cadastro em 25/09/2013. Consta como sócios nas duas empresas, os nomes de Kawan Almeida, Roberta Borges da Silva Almeida, Antoniel de Almeida e Lourival de Souza.
- 5 O estoque apresentado refere-se ao anexo da Nota Fiscal 275, no valor de R\$410.000,00.
- 6 Não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa sucedida, Água do Mar Confecções Esportivas Ltda, tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, não sendo possível, assim, verificar o devido cotejo por valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Diante do resultado da diligência, o novo patrono da sociedade empresária, em reforço às provas anteriormente apresentadas, trouxe na sessão de julgamento, após a sustentação oral que lhe coube, cópia da Certidão Simplificada Digital, emitida pela Junta Comercial do Estado da Bahia, fls. 232/234, na qual a PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, consta como matriz e possui 15 (quinze) filiais, dentre elas a localizada na Av. Tancredo Neves, 148 L-8, piso 1 Shopping Iguatemi, Caminho das Árvores, CEPE 41820020, NIRE 29901107926; que corresponde ao endereço do autuado. Consta na dita Certidão da Junta Comercial que a matriz iniciou as suas atividades em 03/08/2005, e último arquivamento em 02/04/2015, sob o nº 9745855. A sociedade Pereira Borges possui como sócios os srs. Kawan Almeida, CPF nº 011.017.255-83 e o Sr. Antoniel Pereira de Almeida, CPF 195.129.375-49,

Ficou demonstrado que a Água do Mar Confecções Esportivas Ltda, inscrição estadual nº 078.956.794, foi baixada no Cadastro Estadual da SEFAZ no dia 20/08/2014, sendo que no local onde funcionava, a sociedade empresária PEREIRA BORGES passou a funcionar, na forma de filial da sociedade empresária sob o CNPJ nº 07.551.590/0001-90.

O patrono da empresa justificou as mudanças ocorridas na estruturação da Pereira Borges e da Água do Mar sob o fundamento de que o grupo estava sendo onerado na parte dos tributos federais, em aproximadamente 6%, já que a fábrica ao enviar mercadorias por ela produzidas para as lojas o fazia como vendas, e desta forma gerava o débito destes tributos. Por sua vez, as lojas ao efetuarem as vendas aos consumidores finais novamente pagavam os tributos federais, o que gerava um efeito em cascata.

Detectada a situação que os onerava, criaram as filiais da PEREIRA BORGES, nos locais de todas as ÁGUAS DO MAR, e transferiram o seu estoque, mantendo os mesmos funcionários e nome de fantasia, sucedendo assim as lojas AGUA DO MAR, pelas filiais da PEREIRA BORGES.

Diz ainda que as filiais criadas não se beneficiaram dos créditos de estoque transferidos da ÁGUA DO MAR.

Por certo, a operacionalização promovida pela sociedade empresária, que resultou de um planejamento tributário, não denota que a transferência do estoque da ÁGUA DO MAR resultou em operação com incidência do ICMS, posto que o mesmo permaneceu no estabelecimento e apenas a razão social foi modificada, quando a PEREIRA BORGES constituiu a loja autuada como sua filial.

Dessa forma, diante da documentação acostada aos autos, e dos argumentos do defendente amparados em Certidões expedidas pela Junta Comercial do Estado da Bahia, julgo improcedente a infração.

Na infração 02, a acusação aponta a falta de escrituração de ICMS, relativo às transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto, apurado mediante Auditoria de Transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, tendo-se efetuado levantamentos mensais de débitos e de créditos, conforme demonstrativos em anexo, fls. 55 a 64 do PAF.

Na sua peça defensiva, 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 para 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.

Sobre a matéria relativa às transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a Procuradoria Geral do Estado por meio da Procuradoria Fiscal promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca do tema, segundo os requisitos e sistemática do Decreto Estadual nº 11.737 de 30/09/2009, cujo entendimento adotado tornou sua observância obrigatória por todos os Núcleos da Procuradoria Fiscal.

Portanto, acompanho o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado foi que “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Na infração, as transferências foram no âmbito interno, e fica elidida a infração, por falta de incidência de ICMS em tais casos.

Infração improcedente.

Na infração 03, o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas, sem emissão de documentos fiscais, com pagamento por intermédio de cartão de débito e/ou de crédito, conforme informações das Administradoras de Cartão, anexas, fls. 79 a 92 (Relatório Diário Operações TEF), que foram recebidos pelo sujeito passivo, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02.

Ressalto que por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeira e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF.

O autuado defende-se da acusação, sob o argumento de que quando ocorreu a sucessão empresarial, a empresa sucessora foi quem efetuou as vendas diretas ao consumidor, emitindo Notas Fiscais em nome de Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., CNPJ 07551590/0006-02, inscrição estadual 112054179-NO, mas como não possuíam as maquinetas de cartão de crédito, utilizou as antigas, que já existiam na referida loja, em nome da empresa sucedida.

Argumenta que a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, também nesses mesmos valores e proporções.

Contudo, não obstante tais alegações da defendente, verifico que nenhum documento foi trazido aos autos, para comprova-las, no sentido de que o ICMS relativo a tais vendas, efetuadas por meio de cartões de crédito/débito, teriam sido ofertados ao erário.

Nesta hipótese restariam comprovadas a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu

Desse modo, amparado na legislação aplicável à espécie, art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, concluo que as diferenças encontradas entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito/débito, constantes nas reduções Z do contribuinte, e o valor informado pelas administradoras de cartões indicam que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. A base de cálculo do ICMS é apurada a partir da diferença encontrada nos valores de vendas realizadas quer seja a consumidor final, quer seja a pessoas jurídicas, inferiores aos informados por instituições financeiras ou operadoras de cartões de crédito e débito.

Portanto, o ônus da prova recai sobre o contribuinte, no sentido de que lhe caberia elidir a presunção juris tantum, mas como destacou o autuante, na informação fiscal, após receber o Relatório Diário Operações TEF e tendo o prazo de defesa de 60 dias, o sujeito passivo não apresentou argumentos capazes de o fazê-lo, nem mesmo até o presente momento.

Desse modo, a comparação das vendas, deve ser feita entre as vendas declaradas pelo contribuinte, pagas por meio de cartão de crédito/débito, com as transações eletrônicas que também foram pagas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

Em decorrência de o sujeito passivo não ter comprovado a regularidade das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, quando cabe-lhe o ônus da prova, presunção juris tantum, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a infração em comento fica mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206908.0019/14-3**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.273,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR