

PROCESSO - A. I. Nº 299762.0020/14-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 1ª JJF nº 0046-01/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0300-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado tratar-se de transferência de estoque decorrente de sucessão empresarial, cuja operação não incide ICMS nos termos do art. 3º, XI, “b”, da Lei nº 7.014/96. 2. RECEITA FORNECIDA PELA ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTER EM VALOR SUPERIOR ÀS SAÍDAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Excluído valores relativos ao período cujas operações foram efetivadas pela empresa sucessora. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0046-01/17, por ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, no valor original de R\$254.436,63, relativo à constatação de duas irregularidades, ao julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$50.816,52, em relação à infração 2, por considerar improcedente a infração 1, a seguir:

Infração 1 – Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo em vista que a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas através de nota fiscal nº 141, de 01.10.2013, para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções, CNPJ 07.551.590/0011-61 e IE 112.055.538, sem destaque do ICMS de R\$80.356,22. Multa de 100%.

Infração 2 – Omissão de saída de mercadoria 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, conforme o art. 4º, §4º, VI, “c” da Lei nº 7.014/96, nos períodos de março a junho, agosto, outubro a dezembro 2013, resultando no ICMS de R\$174.080,41 e multa de 100%.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$50.816,52, diante das seguintes considerações:

Quanto à infração 1:

[...]

No mérito, a primeira exigência recai na falta de pagamento do ICMS, considerando a venda de mercadorias tributadas, através de nota fiscal nº 141, emitida em 01.10.2013 para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções, no valor de R\$80.356,22.

Alega o autuado que a empresa autuada funcionou comercialmente até 30/09/2013. A partir de 01/10/2013 foi sucedida por PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA (CNPJ 07.551.590/0011-61), tendo as empresas sucedida e a sucessora os mesmos sócios, funcionam nos mesmos endereços e possuem os mesmos empregados, não havendo, nesse caso, incidência de ICMS, pois a sucessão empresarial não se configura como fato gerador do imposto. Invoca em seu favor o Parecer DITRI Nº 13.530/2011, da Gerência de Consulta Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA,

É indubitoso 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, conforme aduzido no Parecer retro anunciado, além da previsão constante no art. 3º da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 3º - O imposto não incide sobre:

(...)

XI - operações internas de qualquer natureza decorrentes da transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transmissão;

(...)

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

No presente caso, como os documentos inicialmente colados no PAF, não garantiam ou esclareciam a ocorrência do "sucessão inter vivos", conforme constante na norma, os autos foram convertidos em diligência com tal objetivo. Competia 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.

Sabe-se que a responsabilidade tributária por sucessão de empresas exige: (a) transferência de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, (b) a continuidade na exploração da atividade econômica. Se a empresa sucessora se estabelece na sede onde se situava a empresa antecessora, pratica as mesmas atividades e têm em comum os mesmos sócios, infere-se ter havido a sucessão de empresas, o que, de fato, ficou comprovado, após a documentação acostada nos autos.

Dessa forma, insubsistente a exigência do ICMS na transferência dos estoques da sucedida, ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA para a sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA, conforme consta da nota fiscal nº 141 (fl. 132), porque a operação é alcançada por não incidência prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia.

A infração 01, pois, resta descaracterizada.

Inerente à infração 2:

[...]

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é a convicção fiscal.

Contudo, não obstante contribuinte autuado não ter produzido provas em seu favor, mesmo sendo o PAF convertido em diligência, em duas oportunidades com esse fito, a exigência é insubsistente e não pode prosperar.

Com relação ao período da exigência, nos meses de outubro a dezembro de 2013, os valores apurados não podem ser exigidos do estabelecimento autuado, uma vez que efetivada a sucessão empresarial, com encerramento das atividades do autuado, em setembro de 2013; inclusão da sucessora no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia (25.09.2013), além da transferência dos estoques, em 01.10.2013 (nota fiscal 0141, fl. 21), fatos provados por documentação hábil acostada aos autos, tais como: cópias de livros e documentos fiscais, transferência do estoque de mercadorias, continuidade da exploração do negócio, manutenção dos mesmos empregados, mesmos sócios, evidenciando a aquisição de fundo de comércio, configurou-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária, nos termos do art. 133, CTN.

Numa síntese, a responsabilidade tributária por sucessão prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional é a inclusão de outra pessoa jurídica para responder acerca da dívida tributária; a continuidade da exploração pelo adquirente e pelo alienante gera responsabilidade para ambos os lados, ou seja, exclusiva do adquirente ou subsidiária do alienante, dependendo da situação.

Caso o adquirente continue na exploração da atividade (e o autuado cessar) responderá integralmente pelos tributos relativos ao fundo de comércio ou estabelecimento adquirido devidos até a data do ato (art. 133, I, CTN).

Se o adquirente continuar a exploração da atividade, e também o alienante, ou iniciar dentro de 6 meses, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de atividade, o alienante responde subsidiariamente com o adquirente (art. 133, II, CTN).

Preenchidos os requisitos do artigo 133 do CTN, deve a nova empresa ser responsável tributária pela dívida de sua sucedida, seja integralmente, seja subsidiariamente, devendo as pessoas que pretendem adquirir fundo de

comércio ou estabelecimento comerciais ficarem atentas a tais situações, exigindo da empresa alienante a relação dos débitos existentes com o Fisco, caso não esteja quitadas, a fim de ter total ciência do que de fato está se adquirindo. É importante esclarecer que a responsabilidade tributária por sucessão é aplicada somente com relação aos tributos devidos até a data da aquisição do estabelecimento.

Dessa forma, a exigência no período retro anunciado deve ser investigada e buscada na PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0011-61, com inscrição estadual 112.055.538 – NO, com início efetivo das atividades, em 01.10.2013, conforme documentos fiscais acostados aos autos (fls. 126/208). Importante consignar as cópias do livro de saída do contribuinte, em outubro a dezembro de 2013, que não registram quaisquer operações (fls. 16/18).

Nesse sentido, pode ser somente exigido, no presente PAF, os valores identificados na inicial dos autos compreendido no período de março a agosto de 2013, que totaliza R\$50.816,52, conforme demonstrativo acostado aos autos, à fl.4.

Posto isso, resta provada parcialmente a ocorrência das operações declaradas pelo contribuinte em valores inferiores aos informados por "shopping centers" ou empreendimento semelhante, o que autorizaria a presunção legal prevista no art. 4º, §4º, VI, "c" da Lei nº 7.014/96.

Represento, contudo, à autoridade fiscal para que seja averiguada a pertinência da exigência em relação às diferenças de janeiro e fevereiro de 2013, das operações em nome do alienante e sucedido, ora autuado, ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA, inscrição estadual 003.415.485; além da igual verificação do recolhimento dos impostos relativos aos meses de outubro a dezembro, tudo, diante do contribuinte responsável, PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA, inscrição estadual 112.055.538 – NO, segundo a regras tributárias, que suportaram essa segunda infração e conforme a legislação que rege a responsabilidade tributária por sucessão.

Sou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no de R\$50.816,52.

Por fim, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Às fls. 429 a 449 dos autos constam que o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, o qual foi considerado intempestivo, do que lhe foi dada ciência, às fls. 424 a 427 dos autos, tendo o mesmo anexado, às fls. 441 a 449, Pedido de Controle da Legalidade à PGE/PROFIS.

Já à fl. 453 dos autos, em despacho exarado pelo Coordenador Administrativo do CONSEF, considerando a remessa obrigatória dos autos à 2ª Instância e que o controle da legalidade pode ser exercido mesmo após a inscrição em dívida ativa, concluiu que o PAF, primeiramente, deva ser encaminhado a uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF para apreciação do Recurso de Ofício e, em seguida, à PGE/PROFIS para análise do Pedido de Controle da Legalidade.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante as duas infrações, as quais foram objeto do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0046-01/17.

Há de ressaltar que a exoneração total da infração 1 se deu pela JJF em razão da comprovação de que a operação, objeto desta exação, não incide ICMS por se tratar de transferência dos estoques da sucedida Água do Mar Confecções Esportivas Ltda, ora autuada, para a sucessora Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, nos termos do art. 3º, XI, "b", da Lei nº 7.014/96, conforme consta da Nota Fiscal nº 141, à fl. 132, uma vez que a empresa sucessora se estabeleceu na sede onde situava a antecessora, pratica as mesmas atividades e têm em comum os mesmos sócios, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária, nos termos do art. 133 do CTN, consoante se comprovou através de diligência realizada pelo próprio autuante, às fls. 374 e 375 dos autos.

Já na infração 2, a exoneração parcial ocorreu em razão da exclusão dos valores relativos ao período de outubro a dezembro de 2013, no total de ICMS exigido de R\$123.263,89, cujas competências já foram relativas às operações efetivadas pela empresa sucessora, tendo em vista

que o estabelecimento autuado e sucedido teve o encerramento das atividades em setembro de 2013.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para análise do Pedido de Controle da Legalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299762.0020/14-9**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.816,52**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os autos deverão ser encaminhados à PGE/PROFIS para análise do Pedido de Controle da Legalidade.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS