

PROCESSO - A. I. N° 299762.0021/14-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0055-01/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0318-11/17

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 o fundamento de que se tratava de sucessão empresarial. Alegação defensiva restou comprovada mediante a juntada de elementos hábeis de provas da sucessão. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. 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 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de se tratar de sucessão restou comprovada mediante a juntada de elementos hábeis de provas da sucessão. Independentemente disso, o impugnante comprovou que os valores exigidos neste item da autuação foram devidamente declarados e submetidos à tributação, existindo a omissão apontada no levantamento levado a efeito pela Fiscalização. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam o presente auto de Recurso de Ofício, consoante determina o art. 169, I, "a" do RPAF/99, em razão da Decisão proferida 1ª JJF (Acórdão nº 0055-01/17), ter desonerado o sujeito passivo da totalidade do débito a ele imputado.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, acusa o Autuado das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 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\$71.795,12, acrescido da multa de 100%. Consta que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas por meio da Nota Fiscal nº 0242, de 01/10/2013, Romaneio FNJMH54F apresentado em CD pelo contribuinte e cópia anexa, para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ Nº. 07.551.590//0013-23, Inscrição Estadual nº 112.056.221 – NO, valor total de R\$466.158,23, base de cálculo R\$422.324,22, no mês de outubro de 2013, sem destaque do ICMS no valor de R\$71.795,12;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS constatada por 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, no mês de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.238,78, acrescido da multa de 100%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu, em Decisão unânime, a decisão abaixo transcrita (fls. 312/320):

Incialmente, 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, sendo possível verificar, inclusive, que a autuação gira em torno de uma alegada sucessão (infrações 1 e 2).

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 as condutas infracionais imputadas ao autuado.

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento de ofício em exame.

No que tange ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante, saliento que esta Junta de Julgamento Fiscal, na busca da verdade material, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem em duas oportunidades, a fim de que o autuado fosse intimado a apresentar elementos hábeis de provas que confirmassem a sucessão aduzida e, consequentemente, comprovassem as suas alegações atinentes às duas infrações.

Por considerar que os elementos colacionados aos autos trazidos no atendimento das diligências são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, indefiro o pedido de realização de novas diligências com fundamento no 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 I, 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 07.551.590/0013-23, Inscrição Estadual nº 112.056.221 – NO, sendo que, tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Sustenta o autuado que na sucessão empresarial não incide o ICMS, invocando, neste 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 indubioso 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.

Vale observar que, além do que fora mencionado no Parecer acima aduzido, a Lei nº 7.014/96 traz no seu artigo 3º, XI, "b", a determinação de que o ICMS não incide sobre operações internas decorrentes de transferência de propriedade de estabelecimento, inclusive no caso de sucessão "inter vivos", conforme se vê da leitura do referido dispositivo legal abaixo reproduzido:

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, conforme já consignado linhas acima, considerando que os documentos inicialmente colacionados aos autos não permitiam a formação do convencimento dos julgadores para deslinde da questão, ou seja, de que se tratava efetivamente de caso de sucessão "inter vivos" - de acordo com o estabelecido na norma -, o feito foi convertido em diligências com tal objetivo.

As intervenções dos patronos do autuado trouxeram elementos que elucidaram a questão.

É cediço 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.

Relevante registrar que o próprio autuante na Informação Fiscal - prestada no cumprimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal -, admitiu assistir razão autuado, em face dos elementos apresentados e da cronologia dos fatos ocorridos atinentes aos cadastros das duas empresas - sucedida e sucessora. Ou seja, a empresa sucessora Pereira Borges teve a sua inclusão no Cadastro de Contribuintes do ICMS em 25/09/2013; a empresa sucedida Água do Mar emitiu a Nota Fiscal nº 0242 para a Pereira Borges em 01/10/2013; a Água do Mar formalizou o pedido de baixa em 31/10/2013; o primeiro recolhimento de ICMS efetuado pela Pereira Borges ocorreu em novembro de 2013, sendo referente ao mês outubro de 2013, quando se deu a entrada das mercadorias atinentes à Nota Fiscal nº 0242.

Relevante, ainda, o registro feito pelo autuante no sentido de que, o autuado comprova que os trabalhadores são os mesmos nas duas empresas, sendo que na Pereira Borges eles foram admitidos em outubro de 2013, mesmo mês em que a empresa Água do Mar formalizou o pedido de baixa, ou seja, em 31/10/2013.

Assim sendo, resta clara a ocorrência da sucessão alegada pelo impugnante, portanto, incabível a exigência do imposto não destacado na Nota Fiscal nº 0242, emitida pelo o autuado - Água do Mar – com destino a empresa Pereira Borges, em face de não incidir o ICMS em tal operação, conforme estabelece o art. 3º da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, este item da autuação é insubsistente.

Quanto à infração 2, cabe observar que, na sessão de julgamento, a ilustre representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, apresentou elementos que, efetivamente, comprovam que os valores exigidos neste item da autuação foram devidamente declarados e submetidos à tributação, inexistindo a omissão apontada no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, independentemente da sucessão ocorrida. Requeru a impugnante que tais elementos fossem colacionados aos autos, no que foi atendida.

Diante disso, esta infração 2 é insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

De ofício, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, Inciso I, Alínea "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão de Primeira Instância ter desonerado o sujeito passivo da totalidade do débito originalmente cobrado, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99.

A infração 1 versa sobre o não recolhimento no prazo regulamentar de ICMS referente a mercadorias não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de outubro de 2013, com exigência do ICMS no valor de R\$71.795,12, acrescido de multa de 100%.

Consta que o contribuinte efetuou vendas sem o destaque de ICMS, através da Nota Fiscal nº 0242 de 01.10.2013 (fls.14) para empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ 07.551.590/00013-23, Inscrição Estadual 112.056.221-NO , no valor total de R\$466.158,23, tendo como base de cálculo R\$422.324,22 sem o destaque de ICMS correspondente a R\$71.795,12.

A Infração 2 trata da falta de recolhimento do ICMS por omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, inferior ao valor fornecido pela instituição financeira e administradora de cartões de crédito.

No julgamento de 1ª Instância a 1ª Junta de Julgamento fiscal julgou Improcedente lançamento com a seguinte fundamentação;

Quanto a infração 1, o i. julgador em seu bem articulado voto (fl. 320), discorre sobre os fatos e os fundamentos de direito que afastam a incidência de ICMS no caso da sucessão empresarial. Fundamenta seu voto no Parecer Diti 13.530/2011 da Diretoria de Tributação da Sefaz, que opinou pela não incidência do ICMS nas sucessões, esclarecendo que nas transferências em tais situações a nota fiscal deve ser emitida sem destaque do imposto.

Corrobora este entendimento transcrevendo o Art. 3º, inciso XI, alínea "b" da Lei nº 7.014/96, que

trata da não incidência do ICMS, nos seguintes termos:

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;

Assentada a questão jurídica, cuidou também a Junta de Julgamento em assegurar que o caso trata-se efetivamente de sucessão empresarial. Para tanto, converteu o processo em diligência ao autuante, para que fosse verificada se as circunstâncias fáticas aduzidas pela autuada refletia a verdade dos fatos. Em resposta, o fiscal autuante certificou os dados e informações, concordando com os argumentos defensivos.

Assim, acompanho o julgamento de primeira instância, pela improcedência da infração 1.

Quanto a infração 2, ficou patente que o descompasso entre as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e as constantes nos POS da autuada foi decorrente da sucessão. Ou seja, como a sucedida pediu baixa, e, incontinenti, passou operar pela nova empresa, provocou o desencontro. Assim, as administradoras continuaram refletindo os POS da sucedida, enquanto as vendas ocorriam pela sucessora.

Conforme o i. julgador de 1ª Instância relatou, tal erro foi devidamente esclarecido da assentada de julgamento, ficando comprovado que os valores autuados foram dados à tributação pela empresa sucessora, não tendo provocado nenhum prejuízo ao Erário.

Portanto, é igualmente Improcedente a infração 2.

Isto posto, não havendo reparo à decisão de piso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO DISCORDANTE (Quanto ao mérito da infração 2)

Inicialmente concordo com o posicionamento do n.Relator no que se refere ao Não Provimento do Recurso de Oficio com relação à infração 1.

Com relação à infração 2, observo que a mesma acusa falta de recolhimento do ICMS constatada por 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, no mês de outubro de 2013.

Na Decisão proferida pela primeira instância (fl. 320) foi apreciado que:

Quanto à infração 2, cabe observar que, na sessão de julgamento, a ilustre representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, apresentou elementos que, efetivamente, comprovam que os valores exigidos neste item da autuação foram devidamente declarados e submetidos à tributação, inexistindo a omissão apontada no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, independentemente da sucessão ocorrida. Requereu a impugnante que tais elementos fossem colacionados aos autos, no que foi atendida.

Diante disso, esta infração 2 é insubsistente.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) O demonstrativo elaborado pela fiscalização juntado à fl. 4 indica valores de vendas diárias informados pelas instituições financeiras e administradora de cartão de crédito/débito, com detalhamento das operações individuais diárias no demonstrativo de fls. 6 a 11, que engloba o período de 01 a 17/10/2013, todas da administradora REDECARD.
- B) Tomando por exemplo o dia 01/10/13 a relatoria de fl. 4 indica valor total de R\$249,72, cujo detalhamento à fl. 6 indica três operações com valores de R\$119,90; R\$89,92 e R\$39,90 todas da REDECARD;

- C) Na defesa apresentada (fl. 67) o sujeito passivo alegou que pediu baixa no dia 30/09/13, tendo em vista que a partir do dia 01/10/13 passou a funcionar a empresa sucessora Pereira Borges (IE 112.056.221), mas como não possuía ainda as “maquinetas” (point off salle), a nova empresa efetuou vendas e recebimento de pagamento por meio da antiga maquineta da empresa anterior. Argumentou que a empresa sucessora efetuou o lançamento e o pagamento relativo aos valores que foram exigidos;
- D) Na diligência determinada pela 1^a JJF (fl. 90) foi indicado que o “*contribuinte deverá comprovar a emissão de documento fiscal (NF ou CF) relativamente a cada operação listadas nos Relatórios Diários de Operações TEF*”.

Em atendimento a diligência determinada pela 1^a JJF (fl. 89) e intimação da fl. 94 na qual foi indicado que a empresa deveria apresentar cupom fiscal ou nota fiscal com valores correspondentes às operações informadas pela empresa administradora de cartão, constante das fls. 4 a 11, o autuado apresentou o demonstrativo de fl. 142-A, o qual foi contestado pelo autuante à fl. 143, afirmando que o contribuinte não apresentou planilhas ou documentos fiscais que servissem de prova material.

Constatou que o demonstrativo de fl. 142 indica:

1. Relatório de valores totais diários de recebimentos por administradora de cartões, a exemplo do dia 01/10/2013 que indica valores recebidos de CREDICARD – R\$461,94; HIPERCARD – R\$415,80; MAESTRO – R\$217,00; VISA – R\$935,07 totalizando R\$2.029,81;
2. Relatórios de outros dias do mês de outubro com estas administradoras financeiras além da REDESHOP.

Confrontando esses valores com o demonstrativo de fls. 6 a 11 constata-se que:

- I) O relatório diário elaborado pela fiscalização indica apenas valores de recebimento da administradora REDECARD;
- II) Já o relatório da empresa à fl. 142-A indica valores diários de outras operadoras, mas não tem qualquer valor relativo à REDECARD, cujas operações foi objeto da autuação;
- III) Pelo confronto dos valores individuais pela operadora REDECARD, a exemplo do dia 01/10/13 (fl. 6) totalizando R\$249,72, com valores de R\$119,90; R\$89,92 e R\$39,90 todas da REDECARD, não há coincidência de valores em total de CREDICARD – R\$461,94; HIPERCARD – R\$415,80; MAESTRO – R\$217,00; VISA – R\$935,07 totalizando R\$2.029,81, constante da planilha apresentada pelo autuado.

Por tudo que foi exposto, constato que tendo sido exigido o ICMS por meio de presunção legal de omissão de saídas de mercadoria relativo a receitas de vendas informadas por meio de empresa administradora de cartão de crédito, previsto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foi facultado por meio de diligência fiscal, que o contribuinte comprovasse a improcedência da presunção.

Entretanto, a planilha apresentada à fl. 142-A não faz prova que as operações autuadas informadas pela administradora REDECARD tiveram emissão de documentos fiscais correspondentes (cupom fiscal ou nota fiscal). Pelo contrário, o relatório apresentado pela empresa indica apenas recebimento por meio de outras administradoras de cartão, cujas operações não foram objeto da autuação.

Também não pode ser acolhida a alegação feita em sustentação oral de que todas as vendas realizadas pela empresa sucessora (IE 112.056.221), que tiveram indicação de recebimento pela “maquineta” do estabelecimento autuado (IE 081.315.192) foi oferecida à tributação, visto que a prova a ser apresentada deveria ser a que foi indicada na diligência fiscal, ou seja, para cada operação indicada no Relatório TEF (REDECARD – fls. 6 a 11), deveria apresentar o documento fiscal com valor correspondente, quer seja emitido pela empresa autuada ou sua sucessora, fato que não foi comprovado.

Concluo que os elementos contidos no processo não se coadunam com a fundamentação da Decisão proferida pela 1^a JJF quanto à infração 2, de que “.... na sessão de julgamento, a ilustre representante do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, apresentou

elementos que, efetivamente, comprovam que os valores exigidos neste item da autuação foram devidamente declarados e submetidos à tributação, inexistindo a omissão apontada no levantamento....”.

Por isso, não tendo comprovado a improcedência da presunção legal, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, revertendo o julgamento da infração 2 de Improcedente para Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDA os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 299762.0021/14-5, lavrado contra ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO).

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Edvaldo Almeida dos Santos, Ildemar José Landin, Laís de Carvalho Silva, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Eduardo Ramos de Santana.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDVALDO ALMEIDA DOS SANTOS – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO DISCORDANTE
(Infração 2)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS