

A. I. N° - 299762.0020/14-9
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 25.04.2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-01/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O autuado faz prova da ocorrência de sucessão empresarial, apta a provocar a não incidência do ICMS, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Infração descaracterizada. 2. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR. FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTER. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração das saídas em valor inferior ao valor total fornecido por Salvador Norte Shopping resta provada apenas parcialmente. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/14, para exigir crédito tributário, no valor de R\$254.436,63, em decorrência das infrações a seguir descritas:

01. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas através de nota fiscal nº 141, de 01.10.2013; Romanedio FNJIH38H apresentado em CD pelo contribuinte e cópia anexa, para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções, CNPJ 07.551.590/0011-61 e IE 112.055.538, no valor total de R\$516.857,66, BC R\$472.683,64, no mês de outubro/2013, sem destaque do ICMS de R\$80.356,22. Valor R\$80.356,22. Multa 100%.

02. 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. Consta ainda que o contribuinte declarou valores das operações inferiores aos informados pelo Shopping Center Salvador Norte, conforme o art. 4º, §4º, VI, “c” da Lei nº 7.014/96. Períodos março/junho, agosto, outubro/dezembro 2013. Valor R\$174.080,41 e multa de 100%.

O sujeito passivo protocola razões de defesa, fls. 90/95, assinada por advogado constituído legalmente, através de Procuração, acostada aos autos, fls. 96, arguindo que discorda da ação fiscal, originária de seu próprio pedido de baixa de inscrição estadual, em função de sucessão empresarial para outra empresa do mesmo grupo empresarial, cujos sócios são os mesmos.

Argui a nulidade do auto de infração por inexistência de justa causa, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos aquela constante na peça acusatória. Aduz a garantia constitucional do direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, conforme art. 5º, CF 88.

Diz que as infrações lançadas no Auto de Infração não podem prosperar, consignado que, em relação à infração 01, requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013. A partir de 01/10/2013 passou a funcionar pela nova empresa sucessora PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0011-61,

COM INCRIÇÃO ESTADUAL 112055538 – NO, aduzindo que tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Explica que, assim, em contrário da pretensão fiscal, não é devida a emissão de 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 foi produzida pela sucessora. Sublinha o PARECER Nº 13.530/2011 DE 30/06/2011, emitido pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado da Bahia (anexo aos autos), anotando que o ICMS não incide nas operações de "transferência de titularidade", nos termos do art. Art. 6º XI, b, RICMS/BA. Completa que a nota fiscal correspondente será emitida sem destaque do imposto, pois a sucessão não se configura como fato gerador do ICMS.

Conclui que falta fundamento legal de validade para a infração 01, sendo por consequência, também indevida e improcedente a aplicação da multa correspondente.

Com relação à infração 02, alega os mesmos fatos de sucessão entre as empresas dos mesmos sócios e entende que é também indevida a acusação de 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.

Explica que quando da 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 FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0011-61, COM INCRIÇÃO ESTADUAL 112055538 – NO, porém como esta empresa ainda não possuía neste inicio 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. Diz que tal fato gerou divergência nas informações, somente neste período da aludida sucessão empresarial.

Aduz que a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, no mesmo valor e proporções, daqueles valores declarados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Pede a improcedência dessa Infração, uma vez que o valor exigido já foi pago pela empresa sucessora, posto que ela foi quem emitiu as Notas Fiscais direta para o Consumidor final e o crédito relativo a estas vendas foram creditados em nome da empresa sucedida. Argui que é também indevida a correspondente multa.

Discorre sobre o auto de infração como ato administrativo, na lição de Samuel Monteiro, aduzindo que não vulnerou as normas da legislação tributária estadual, considerando ainda que o pagamento do imposto para o ramo de calçados é efetuado de forma antecipada.

Discorre sobre os princípios que regem os atos da administração pública (art. 37, CF 88), aduzindo a existência de erros em vários lançamentos descritos na planilha fiscal. Transcreve ensinamentos de Ives Gandra Martins sobre os artigos 142 e 112 do CTN e solicita a aplicação da benignidade tributária, sob a alegação que o trabalho fiscal contém diversos equívocos, exemplificando o cálculo do 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.

Finaliza com o pedido de improcedência do auto de infração; abater os valores relativos aos erros demonstrados na peça processual; a realização de diligências ou perícias, além da juntada de novos documentos em prova e contraprova.

A informação Fiscal é prestada, às fls. 107/108. Diz o Auditor Fiscal que, em relação à primeira infração, a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas através de nota fiscal nº 141, de 01.10.2013 e Romaneio FNJH38H fornecido pelo próprio contribuinte em CD para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções, CNPJ 07.551.590/0011-61 e IE 112.055.538, no valor total de R\$516.857,66 e sem destaque do ICMS, no valor de R\$80.356,22.

Explica que houve uma reunião de autoridades fazendárias com o sócio majoritário, contador e outro representante do contribuinte autuado, quando esclareceram "*não ter interesse em regularizar a situação da sucessão, perante os órgãos competentes, já que teria prejuízo*", informando que a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda. faz jus a um crédito presumido de 90% sobre as saídas das mercadorias produzidas (estabelecimento industrial) pretendendo solicitar extensão do benefício para 95%. Com a formalização da sucessão, ficaria impossibilitado de obter tal benefício.

Afirma ter entendido que o contribuinte preferiu dar saída das mercadorias sem destaque do imposto, sob a alegação de uma sucessão. Explica que os estabelecimentos da empresa Água do Mar Confecções Ltda. deixariam de existir sem nenhuma responsabilidade diante do Fisco estadual.

Aduz que o estabelecimento matriz da empresa foi fiscalizado sem a homologação do exercício, porque a empresa, intimada, deixou de apresentar livros e documentos contábeis. Diz que outro fato relevante é que ainda existem 12 estabelecimentos ativos, quando do início da presente ação fiscal. Em fevereiro de 2014, passaram para a condição de "inapto" pela falta de entrega de DMA. Solicitada a reativação das inscrições, voltaram os estabelecimentos à condição de "ativo", em seguida, foram solicitadas as respectivas baixas.

Informa que a empresa tem 12 estabelecimentos, nos diversos shoppings da cidade e capital social da empresa de apenas R\$20.000,00. Diz a Pereira Borges cria novos estabelecimentos, nos mesmos endereços da Água do Mar e com capital social de R\$35.000,00. Sugere que tal prática seja investigada.

Diz que o estabelecimento fiscalizado recusou na entrega dos livros e documentos contábeis, o que o impossibilitou de proceder a Auditoria Contábil. Sugere que no pedido de diligência se requeira a regularização da sucessão empresarial. Diz que é procedente a exigência.

Na infração 02, diz que o titular da maquineta é a Água do Mar e dela deve ser cobrado o imposto. Diz que também é procedente a exigência.

Diante do óbice apresentado para a solução da lide, o PAF é convertido em diligência, às fls. 113/114, para que seja verificado na infração 01, se existem elementos que confirmem, de fato, uma sucessão empresarial, em obediência aos requisitos do artigo 133 do CTN, de forma que a operação de saída dos estoques da Água do Mar Confecções Esportivas Ltda. (CICMS 03.415.485 - NO) para a empresa sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA (CICMS 112.055.538 - NO), através da nota fiscal 0141 (fl. 21), possa efetivamente ocorrer sem a incidência do imposto, nos termos do art. 3º XI, b, Lei nº 7.014/96.

Esclarecer ainda, na infração 02, acerca dos diferentes valores informados pelo Shopping Center Salvador Norte e aqueles escriturados na escrita fiscal do autuado, intimando-o expressamente para que se posicione acerca das divergências existentes entre as duas fontes e apresente prova dos recolhimentos, ainda que em nome da sucessora, PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA (CICMS 112.055.538 - NO), dos valores informados pelo Shopping Center, no período outubro a dezembro de 2013, conforme constam dos documentos de fls. 04/06.

O preposto fiscal responsável pela autuação, pela presente diligência, emite Parecer, sublinhando a responsabilidade por infração, contida no art. 136 do Código Tributário Nacional; sobre a apresentação dos documentos fiscais, solicitado na diligência fiscal, diz que, mesmo intimado, deixou de apresentar cópias das notas fiscais 265291, 265311, 26589, 265290, 264322 e 45585; sobre a divergência nos valores das vendas entre os documentos do shopping e aquele escriturado no livro Registro de Saída, diz que o contribuinte apresentou apenas uma planilha simples com valores das vendas com cartão sem explicar ou justificar as divergências; sobre o documento de prova da alegada sucessão, explica que o autuado apresentou apenas o Contrato Social de Pereira Borges, sem esclarecimentos sobre a sucessão (fl.2 09).

O Autuado atravessa Petição (fls. 223/230)

Apresenta cópias dos documentos que entende não deixam dúvidas sobre a “sucessão” entre as empresas autuada e a Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., o que de logo atesta o direito pleiteado pela defesa.

Observa que os procedimentos realizados pela Autuada e pela PEREIRA BORGES implicam na caracterização da “sucessão”, independente de ter sido o instrumento contratual utilizado pela “sucessora” feito a esse título. Diz que não há falar em “incorporação” e sim na cessação da atividade comercial por uma empresa, se instalando em seu lugar outra.

De acordo com a doutrina e jurisprudência administrativa e judicial, a sucessão se encontra caracterizada pela simples “substituição” de uma empresa, permanecendo no seu “mesmo” lugar outra que venha a exercer idêntica atividade e que, no caso presente, **possua** os mesmos sócios. Explica a sistemática, nos termos do art. 133, do Código Tributário Nacional – CTN.

Sintetiza que a “sucessão” se caracteriza pelo fato e, ainda que não seja imprescindível a prova (pois a mesma é inherente ao fato), a Autuada apresenta a alteração contratual pertinente, nota fiscal e romaneio de transferências das mercadorias, CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, das empresas sucedida e sucessora e folha de pagamento (GFIP) da sucessora, deixando claro que os funcionários são os mesmos. Diz que a PEREIRA BORGES, exercendo a mesma atividade, no mesmo local da ÁGUA DO MAR, com os mesmos sócios e funcionários é sucessora para todos os direitos e obrigações.

Informa ainda que não houve apropriação de crédito fiscal pela sucessora e que os DAES anexados comprovam pagamentos de ICMS pela sucessora, no exercício de suas atividades, vendendo as mercadorias recebidas da sucedida.

Cita várias decisões do CONSEF, dos Tribunais Superiores, atestando a não incidência do ICMS, na sucessão empresarial.

Diz que a falta de averbação do instrumento de sucessão”, como decidido no Acórdão JJF nº 0146-01/15, caberia no máximo uma multa formal; pede que seja feita a análise dos documentos apresentados e colheita de novos documentos que a Fazenda entenda necessários, assim como ouvida da PGE.

O Processo Administrativo Fiscal é convertido em nova diligência (fls. 369/370), tendo em vista que o autuado substabeleceu um novo advogado (fl. 231), aduzindo novos questionamentos e novos indícios de provas, no sentido de houve a cessação da atividade comercial por uma empresa, permanecendo no mesmo lugar uma outra.

A nova diligência visa proceder a uma análise mais aprofundada acerca da controvérsia. A empresa deve ser intimada para apresentar diversos documentos que atestem de forma insofismável a figura da sucessão empresarial.

Com relação à infração 02, solicita o órgão julgador que o autuado seja intimado para que justifique, através das provas de que dispuser, acerca das divergências apuradas entre os valores de faturamento informados pelo Shopping Salvador Norte e os valores escriturados em sua escrita fiscal, no período de fevereiro a dezembro de 2013. Pede ainda o órgão julgador que tais parcelas já estiverem em nome da “sucessora” (Pereira Borges), tais comprovações devem ser coligidas ao presente PAF;

O Parecer do Auditor Fiscal (fls. 374/375) aduz que as leis, as decisões reafirmam os argumentos da defesa de que a sucessão se encontra caracterizada pela simples “substituição” de uma empresa, permanecendo no seu “mesmo” lugar outra que venha a exercer idêntica atividade e que, como no caso presente, possua os mesmos sócios.

Discorre sobre o histórico das empresas contribuinte autuado:

- a- A Empresa Pereira Borges – Teve data de inclusão Cadastro RICMS 25/09/2013;

- b- A Empresa Água do Mar – Emitiu NF 0141 para Pereira Borges em 01/10/2013;
- c- A Empresa Pereira Borges– Data primeiro recolhimento ICMS em NOV/2013;
- d- A Empresa Água do Mar Último recolhimento OUT/2013.

Explicam que a Empresa Pereira Borges foi incluída no Cadastro do ICMS antes do pedido de baixa da Empresa Água do Mar; A emissão da NF emitida da Água do Mar para a Pereira Borges ocorreu em 01/10/2013; Já o primeiro recolhimento da Pereira Borges ocorreu justamente em novembro de 2013 referentes ao mês de outubro, quando se deu a entrada das mercadorias referentes à NF citada; E finalmente, o último recolhimento da A Empresa Água do Mar se dá em outubro de 2013.

Informa que houve comprovação que os trabalhadores são os mesmos nas duas empresas, e admitidos na Pereira Borges, em outubro de 2010 (fls. 338 a 349). Diz que decisões jurídicas, acostadas aos autos, estão no sentido de reconhece a ocorrência da sucessão.

Com relação à infração 02, informa que o contribuinte não apresentou nenhuma documentação ou informação nova, mesmo quando intimado (fl. 117). Mantém, na íntegra, a segunda infração.

O autuado faz nova manifestação (fls. 382/384). Diz que o próprio Auditor Fiscal reconheceu a sucessão e a Certidão Simplificada emitida pela JUCEB confirmam os fatos.

Aduz que não houve o encerramento das atividades comerciais, mas, sim, “a continuidade das atividades, por outra empresa, no mesmo local, comercializando as mesmas mercadorias inventariadas”. Transcreve decisão do CONSEF no Auto de Infração nº 2989430007019 (Acórdão - 1ª CJF N.º 0018-11/02).

Assevera que resta comprovada a efetividade da “sucessão” e que as vendas foram informadas, pelas administradoras, como sendo da sucedida, contudo apenas foi usado o seu credenciamento perante tais instituições, pela sucessora, enquanto não se fazia a devida transferência dos dados correspondentes. Em verdade, portanto, as vendas foram realizadas pela sucessora e regularmente tributadas.

Discorre sobre operações de transferências, aduzindo que o Tribunal de Justiça da Bahia já vem entendendo não ser devida a incidência do ICMS. Anexa cópia da "Apelação nº 0323677-51.2012.8.05.0001 – Segunda Câmara Cível. Des. Gesivaldo Nascimento Britto. Apelante: Estado da Bahia.

No caso em tela, complementa que em se tratando de transferência interna, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através do Procurador Chefe da PROFIS, editou o “Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0”, firmando o entendimento de que “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”.

Pede a nulidade ou improcedência da autuação.

Cientificado, o Auditor Fiscal, não apresenta novas considerações.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência das infrações à obrigação principal descritas e relatadas na inicial dos autos.

Inicialmente, não acato o argumento defensivo de nulidade da autuação por inexistência de justa causa, ofensa à garantia constitucional do direito de defesa (art. 5º, CF 88), considerando que o procedimento fiscal foi manejado de forma regular, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal. Na constituição do crédito tributário, a base de cálculo relativa aos dois itens foi apurada consoante demonstrativos e documentos acostados aos autos, não se encontrando quaisquer motivos que inquine de nulidade a autuação.

O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Diante da necessidade de esclarecer os fatos controversos, o órgão julgador determinou a realização de diligência fiscal, em dois momentos processuais, em respeito ao princípio da verdade material. Os ajustes, correções, revisões procedidos, com esteio nos documentos, nas provas trazidos aos autos ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em equívocos, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a busca da verdade material, princípios caros ao direito tributário.

A autuação se encontra, pois, devidamente motivada, no lançamento em exame, sendo possível verificar, inclusive, que a autuação gira em torno da alegada sucessão empresarial (infração 01) e presunção legal de omissão de receitas tributáveis (infração 02), que serão apreciadas, no mérito, nas linhas seguintes. O sujeito passivo interveio nos autos, tantas vezes entendeu necessárias, na defesa das suas teses, com as provas de que dispunha ou julgou pertinente na defesa do seu direito. Não há falar, portanto, em nulidade, nos presentes autos.

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 Confecções, 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 indubidoso 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, insubstancial 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.

No item 02, a infração descrita da seguinte forma: "*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*"

Constando ainda que "*o contribuinte declarou valores das operações inferiores aos informados pelo Shopping Center Salvador Norte, conforme o art. 4º, §4º, VI, "c" da Lei nº 7.014/96*".

Na realidade, constam dos autos, documento firmado pela administração do Salvador Norte Shopping declarando o contrato de locação do ponto explorado pelo contribuinte autuado e o respectivo faturamento, no período de janeiro a dezembro de 2013 (fls. 5 e 6).

O demonstrativo que serve de suporte à exigência foi acostado aos autos (fl. 4), confrontando os valores de faturamento do autuado informados pelo Shopping Center Salvador Norte e os valores escriturados no livro Registro de Saída, apurando diferença de R\$174.080,41. Cópias do aludido livro fiscal está anexado aos autos, fls. 06/19.

Nas razões, o sujeito passivo argumenta que comprovada a efetividade da “sucessão” e que as vendas foram informadas, pelas administradoras, como sendo da sucedida, usado, contudo, o seu credenciamento perante tais instituições, pela sucessora, enquanto não se fazia a devida transferência de dados correspondentes. Assevera que as vendas foram tributadas pela sucessora.

Nesse ponto, não labora em acerto o autuado. A exigência não se refere aos valores oriundos das administradoras de cartões de crédito, mas, aqueles enviados pelas administradoras de "Shopping Center" e similares. É a própria lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96, art. 35-B) a determinar que as administradoras de “shopping center”, de centro comercial ou de empreendimento semelhante deverão apresentar ao Fisco as informações que disponham relativas às despesas e às operações realizadas por contribuintes do ICMS localizados em seu empreendimento. Dispositivo acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.

Nesses termos, a apuração de vendas em valores inferiores, detectada por meio do confronto entre os valores das operações enviados pela administradoras de shopping center e assemelhados e aqueles informados pelo contribuinte autoriza a presunção de omissão de receitas tributáveis, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 11.899/10.

Portanto, a infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “c” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*...
§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;
- c) instituições financeiras;
- b) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;

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 insubstancial 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 Tribunal 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 inicio 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.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299762.0020/14-9**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA**, no valor de **R\$50.816,52**, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, art. 42, da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Esta Junta 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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR