

A. I. N° - 299762.0021/14-5
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO)
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/05/2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-01/17

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. 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, inexistindo a omissão apontada no levantamento levado a efeito pela Fiscalização. Infração improcedente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia/diligência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$78.033,90, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a mercadorias não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no mês de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$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;
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%.

Consta que, comparando os valores de vendas em cartão de crédito contidas nas Reduções Z com as informações fornecidas pelas administradoras, foram encontrados valores superiores nessas últimas caracterizando vendas de mercadorias tributadas não declaradas. Foi levada em consideração a proporcionalidade entre mercadorias tributadas e mercadorias consideradas Outras (não tributadas).

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.65 a 70). Ressalta, de início, que o Auto de Infração em lide, foi originário de pedido que formulara, perante a Inspetoria Fazendária Estadual, de baixa da inscrição estadual da empresa.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória.

Invoca a Constituição Federal, reproduzindo o seu art. 5º, II, para afirmar que a garantia dos cidadãos, além do exercício ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, não podem ser submetidos a investidas ilegais.

Reporta-se sobre os fatos e fundamentos da autuação, consignando que o Auto de Infração foi lavrado, após o seu requerimento de baixa regular da empresa, em função de sucessão empresarial para outra empresa do mesmo grupo empresarial, cujos sócios das duas, sucedida e sucessora, são os mesmos.

Afirma que, após uma minuciosa verificação dos termos em que se fundamenta o autuante, os quais deram origem a autuação, estes não procedem e não podem prosperar.

Aduz que, relativamente à infração 1, requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013, pois, a partir de 01/10/2013 a loja passaria, como de fato passou, a funcionar pela nova empresa sucessora, no caso Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ Nº.07551590/0013-23, Inscrição Estadual nº 112056221 – NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Diz que, assim sendo, é indevida a alegação do autuante de que deveria ser emitida uma nota fiscal, com destaque do ICMS a ser recolhido sobre o valor da base de cálculo do estoque transferido de uma empresa para a outra, até mesmo porque a maioria dos produtos foi produzida pela empresa sucessora. Neste sentido, invoca e reproduz o Parecer DITRI Nº. 13.530/2011, emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, que anexa, teve como parecerista o Dr. Helcônio de Souza Almeida, o qual foi ratificado pela Dra. Sandra Urania Silva Andrade (Gerente da GECOT) em 04/07/2011, e ainda pelo Dr. Jorge Luiz Santos Gonzaga (Diretor da DITRI) em 05/07/2011. Conclui que, diante disso, se evidencia claramente que esta infração se encontra desprovida de fundamento legal, tendo em vista que a sucessão, com base nos dispositivos legais mencionados no parecer, não se configura como fato gerador de ICMS, portanto, devendo ser julgada improcedente.

Quanto à infração 2, alega que, em face da sucessão empresarial ocorrida a partir de 01/10/2013, a empresa sucessora foi quem efetuou as vendas diretas ao consumidor, emitindo Notas Fiscais em nome da Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ 07551590/0013-23, Inscrição Estadual nº. 112056221 – NO, porém como esta empresa ainda não possuía no inicio do mês as maquinetas de cartões de crédito em seu nome, foram usadas as antigas que já existiam na referida loja, em nome da empresa sucedida. Afirma que tal fato gerou apenas a divergência dessas informações somente neste período de transição da aludida sucessão empresarial.

Alega que, desse modo, tal fato, não pode gerar e se configurar com fato gerador de ICMS, até porque a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, também neste mesmo valor e proporções, do que os valores declarados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Conclui que é improcedente esta infração, tendo em vista que o valor do ICMS desse período de

transição apurado já fora pago pela empresa sucessora, pois foi ela quem emitiu as Notas Fiscais diretamente para o consumidor final e o crédito relativo a estas vendas foi feito em nome da empresa sucedida, sendo, por consequência, também indevida e improcedente a aplicação da multa referente a esta infração.

Reproduz lição de Samuel Monteiro sobre Auto de Infração sobre o lançamento de ofício. Alega que não vulnerou quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu atos irregulares, até porque o pagamento do imposto para o ramo de calçados é efetuado de forma antecipada, assim não pode sujeitar-se às cominações que se lhe venha impingir este Auto de Infração, como já demonstrado através de irregularidades cometidas nas planilhas elaboradas pelo autuante, e como se deu a referida ação fiscal, haja vista que esta ocorreu em face ao pedido de baixa de inscrição da empresa que formulara.

Afirma que vários lançamentos de Notas Fiscais e imposto descritos na planilha do autuante estão comprometidos por erro que causam a ilegalidade, consoante doutrina comungada pelos tributaristas. Transcreve, neste sentido, ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins.

Conclusivamente, diz que ficaram plenamente demonstrados através das planilhas e documentos juntados a impugnação que o autuante ao lavrar o Auto de Infração cometeu diversas erros e irregularidades, como, por exemplo, ter calculado imposto em notas de “acessórios”; repetição da mesma nota na mesma planilha ou em outra planilha, não ter computado valores pagos relativos a impostos e outros erros gritantes, irregularidades estas que podem e devem ser reparadas por este Conselho Fiscal.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, alternativamente, no caso de não ser acolhida a improcedência, que seja acolhido por esta Junta de Julgamento Fiscal os seus argumentos para abater os valores de imposto decorrente de outros erros demonstrados, bem como as multas relativas a tais infrações, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração, reduzindo o seu valor. Requer, por fim, a realização de diligências necessárias à plena elucidação das questões suscitadas, inclusive a realização de perícias, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos, e suplementação de provas, como a juntada de novos documentos em prova e contraprova. Protesta também pela exibição e juntada de novos comprovantes, se assim forem requeridos por este órgão julgador.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 82 a 84). No que tange à infração 1, consigna que o autuado efetuou vendas de mercadorias tributadas por meio da Nota Fiscal nº 0242, emitida em 01/10/2013, Romanéio FNJMH54 fornecido pelo próprio contribuinte através de CD e com cópia anexa, para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções, CNPJ N. 07.551.590/0013-23, Inscrição Estadual n. 112.056.221, no valor total de R\$466.158,23, base de cálculo de R\$422.324,22, sem destaque do ICMS no valor de R\$71.795,12.

Diz que, de fato, o autuado se encontra em processo de baixa regular protocolado desde 31/10/2013 com número 4781400. Ressalta que a baixa ainda não foi deferida.

Observa que as espécies de sucessão são a fusão, a incorporação ou cisão de empresas, sucessão “causas mortis” e intervivos. Acrescenta que, para cada processo deste o contribuinte deve observar os ditames estabelecidos na legislação tributária estadual, ao longo dos artigos que disciplinam a matéria, os quais servirão de suporte que garantirão a legalidade dos procedimentos operacionais, pois, caso contrário, correrá o contribuinte o risco de ser apenado pecuniariamente em decorrência dos equívocos provenientes dos procedimentos inadequados.

Salienta que, no caso da Sucessão Intervivos, que é o que interessa na lide, e que é alegada pelo contribuinte em sua defesa, deve ocorrer entre pessoas vivas, nos casos de venda de estabelecimento ou fundo de comércio. Acrescenta que o ICMS não incide nas operações internas de qualquer natureza, decorrentes 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.

Consigna que o autuado emitiu nota fiscal para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções, CNPJ N. 07.551.590/0013-23, Inscrição Estadual nº 112.056.221, que funciona no mesmo endereço da empresa autuada e apresenta os mesmos sócios e mesma atividade econômica 4781400 – Comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios, sem destaque de ICMS, classificando a operação como ‘transferência em caso de sucessão’.

Alega que o fato das duas empresas apresentarem os mesmos sócios e a mesma atividade econômica não caracteriza ‘sucessão de empresa entre pessoas vivas’: nem é caso de venda de estabelecimento ou fundo de comércio, que dê continuidade às mesmas atividades econômicas.

Menciona que no Direito ocorre a sucessão sempre que uma pessoa tome o lugar de outra numa relação jurídica; quando ocorre uma substituição do titular de um direito. Ou seja, suceder é “substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”.

Diz que, conforme se observa, não ocorreu substituição dos donos das empresas, ou seja, os sócios são os mesmos, portanto, juridicamente, não ocorreu uma sucessão. Sustenta que se trata de duas empresas independentes, com as mesmas atividades e os mesmo sócios, mas com CNPJ e Inscrição Estadual própria.

Assinala que, apesar de não ter conhecimento do porquê dos sócios solicitarem a baixa de uma empresa e, ao mesmo tempo, pedir nova inscrição de outra empresa com outra razão social, CNPJ, I.E., porém, com o mesmo endereço, mesmos sócios e mesma atividade econômica, o fato é que o procedimento não corresponde ao conceito da figura jurídica sucessão intervivos.

Conclusivamente, diz que a operação de venda de mercadorias de duas empresas, mesmo entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa, deve-se destacar o ICMS na nota fiscal e recolhê-lo no prazo legal.

Relativamente à infração 2, diz que, conforme acima mencionado, a operação se deu juridicamente entre empresas independentes apesar do mesmo endereço, mesmos sócios e mesma atividade econômica, portanto, não se justifica a utilização da maquineta de cartão crédito de uma ter sido utilizada pela outra.

Salienta que, mesmo se fosse de sucessão, a utilização pela empresa seguinte cabia informação e permissão da SEFAZ. Diz que, desse modo, como não há justificativa jurídica para a continuação de sua utilização já que a empresa solicitou baixa da inscrição.

Ressalta que, oficialmente, a maquineta é de titularidade da empresa Água do Mar e dela deve ser exigido o imposto, conforme a autuação.

Assevera que o autuado não apresentou nenhuma planilha que pudesse comprovar as suas alegações, desse modo, nada tem a dizer.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFRAZ/VAREJO (fls.89 a 91), a fim de que fossem tomadas as seguintes providências:

INFRAÇÃO 1

AUTUANTE - intimasse o contribuinte para que apresentasse os documentos hábeis que comprovem a alegada sucessão (contrato social);

INFRAÇÃO 2

AUTUANTE – intimasse o contribuinte para que, no prazo de 60 dias, demonstrasse e provasse o que foi alegado quanto a esta infração.

O Relator esclareceu que a finalidade dos Relatórios TEFs diários, nos quais é especificada operação por operação, é no sentido de que, diante deles, possa o autuado efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento. O contribuinte deverá comprovar a emissão de documento fiscal (Nota Fiscal ou Cupom Fiscal) relativamente a cada operação listada nos Relatórios Diários de Operações TEF. Nos TEFs diários é especificada operação por operação, de modo que, diante deles, o contribuinte tem condições de efetuar a conferência da natureza das operações no que concerne ao

modo de pagamento de cada uma (a dinheiro, ou mediante cartão), fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF, podendo detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal, com as comprovações cabíveis relativamente a cada caso, ou seja, relativamente a cada operação listada nos Relatórios Diários de Operações TEF. Ainda foi solicitado que, de posse dos elementos que fossem apresentados pelo contribuinte, deveria a autoridade fiscal proceder à conferência e revisão do lançamento fiscal, se fosse o caso.

Consta à fl. 158 petição do Dr. Fernando Marques Villa Flor, na qual este requer a juntada do instrumento de substabelecimento firmado pela Drª Maria Wilma Vitorino Feitosa Mota.

O autuado, por intermédio do novo advogado substabelecido acima referido, apresentou requerimento dirigido para o então Julgador/Relator Dr. José Bizerra Lima Irmão (fls. 163 a 169), no qual diz que apresenta cópias de documentos que não deixam dúvidas sobre a “sucessão” entre a empresa autuada e a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., o que, segundo diz, de logo atesta o seu direito pleiteado.

Observa que, 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. Diz que esta regra é aplicável, notadamente, visando a proteção dos interesses do Erário, objetivando evitar que as empresas tentem manobras para evitar débitos tributários. Acrescenta que seria fácil tal evasão, se uma empresa devedora simplesmente solicitasse baixa e criasse outra, até mesmo com outros sócios, no mesmo local e para exercer a mesma atividade, livrando-se assim da dívida da sucedida. Invoca e reproduz o art. 133, mais seus incisos e parágrafos, do Código Tributário Nacional (CTN),

Afirma que, desse modo, a “sucessão” se caracteriza pelo fato, independentemente do sujeito passivo tentar “ocultar provas”. Diz que a interpretação deve ser a mesma, quando a ocorrência é declarada pelo Contribuinte e a ele “socorre”. Assevera que, no presente caso, ainda que não seja imprescindível a prova, pois esta é inerente ao fato, 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.

Indaga se a Pereira Borges, exercendo a mesma atividade, no mesmo local da Água do Mar, com os mesmos sócios e funcionários, não é sua sucessora para todos os direitos e obrigações. Responde que sim.

Salienta que, além isso, conforme livro Registro de Entradas anexado, a sucessora Pereira Borges, não se apropriou de qualquer crédito de ICMS pela operação pertinente. Portanto, ainda que existisse a obrigação de destaque do ICMS, em tese, o valor serviria de crédito automático para a sucessora, o que demonstra que de qualquer modo o Erário não foi prejudicado.

Registra que o CONSEF, apreciando casos similares, já decidiu em favor do contribuinte, conforme Acórdãos CJF Nº 0018-11/02 e CJFF Nº 0047-11/06, cujas ementas reproduz. Acrescenta que, na mesma esteira, seguem os Tribunais Superiores pátrios, conforme STF - Agravo de Instrumento: AI 675766 SP e outros cujos excertos de votos reproduz.

Diz que, conforme visto, são inegáveis as hipóteses de sucessão e da inexistência de prejuízo ao Erário, o que leva à conclusão de que a cobrança do ICMS não é cabível, assim como também nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Manifesta o entendimento de que, no caso da “sucessão”, caberia no máximo uma multa formal, se o CONSEF entender cabível pela “falta de averbação do instrumento de sucessão”, como decidido por esta JJF em decisão anterior contra a mesma empresa. Ressalta que, na aludida decisão (Acórdão JJF nº 0146-01/15) a própria Junta diz expressamente que “... o instrumento de sucessão deve ser averbado...”, reconhecendo assim a constatação de tal hipótese (sucessão).

Finaliza pedindo, como meio de prova, diligência para a análise dos documentos apresentados e

colheitas de novos que a Fazenda entenda necessários, assim como ouvida da PGE. Requer e espera que o Recurso Voluntário (sic) seja provido, a fim de que as parcelas atinentes a “sucessão empresarial” e “as transferências entre estabelecimentos da mesma empresa” sejam retiradas da cobrança, sob pena, inclusive, de prejuízo ao Erário decorrente de certa sucumbência judicial.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, em face de o impugnante ter trazidos aos autos cópias de documentos no intuito de provar que houve a aduzida sucessão, converteu o feito em diligência à INFRAZ/VAREJO (fls.265/266), a fim de que o autuante prestasse nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos suscitados pelo impugnante.

O autuante se pronunciou (fls.270/271). Diz que, efetivamente, as leis assim com as decisões jurídicas confirmam os argumentos da defesa. Consigna que, levando em consideração estas argumentações do contribuinte e fazendo novas pesquisas nos cadastros das duas empresas verificou o seguinte:

- Pereira Borges – data de inclusão no Cadastro do RICMS em 25/09/2013;
- Água do Mar – emitiu a Nota Fiscal nº 0242 para Pereira Borges em 01/10/2013;
- Água do Mar – formalizou o pedido de baixa em 31/10/2013;
- Água do Mar – data do primeiro recolhimento do ICMS em NOV/2013;
- Água do Mar - último recolhimento efetuado em novembro de 2013.

Afirma que a cronologia acima referida corrobora com a defesa do contribuinte.

O autuante observa ainda o seguinte:

- a empresa Pereira Borges foi incluída no Cadastro ICMS antes do pedido de baixa da Água do Mar;
- a emissão da Nota Fiscal pela Água do Mar para a Pereira Borges se deu antes do pedido de baixa;
- o primeiro recolhimento da Pereira Borges ocorreu justamente em novembro de 2013, sendo referente ao mês outubro, quando se deu a entrada das mercadorias atinentes à Nota Fiscal citada;
- o último recolhimento da Água do Mar se deu em novembro de 2013.

Registra o autuante que, às fls. 176 a 181, o autuado comprova que os trabalhadores são os mesmos nas duas empresas, sendo que na Pereira Borges eles foram admitidos em outubro de 2010 [2013] mesmo mês em que a empresa Água do Mar formalizou o pedido de baixa, ou seja, em 31/10/2013.

Ressalta que, procedimento semelhante ocorreu com a filial 12 da empresa Água do Mar e a filial 11 da referida empresa.

Finaliza dizendo que as decisões jurídicas têm sido no sentido de reconhecer a ocorrência da sucessão “de fato” independente das formalidades jurídicas. Acrescenta que, em defesa da Boa Justiça, concorda os argumentos do contribuinte, apesar de que todo o processo se deu ‘na prática’ antes mesmo do deferimento do Pedido de Baixa da Empresa Água do Mar; até porque a sequência dos acontecimentos vem a confirmar isso (e que esse procedimento ocorreu com as outras empresas Empresa Água do Mar Empresa Pereira Borges) . Registra que anexou aos autos as pesquisas realizadas nos Cadastros dos contribuintes (INC).

O impugnante se manifestou (fls. 284 a 286). Consigna que, a despeito do expresso reconhecimento pelo autuante quanto à “sucessão”, acostou Certidão Simplificada, emitida pela JUCEB, confirmando os fatos.

Afirma que, desse modo, não houve o encerramento das atividades comerciais, mas sim “a continuidade das atividades, por outra empresa, no mesmo local, comercializando as mesmas

mercadorias inventariadas”, o que, no dizer do Acórdão CJF Nº 0018-11/02, cuja ementa transcreve, elide a acusação relativa à infração 1.

Diz que as constatações acima narradas, não só comprovam a efetividade da alegada “sucessão”, como também interferem nas demais exigências, na medida em 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. Afirma que, em verdade, as vendas foram realizadas pela sucessora e regularmente tributadas.

Ressalta que, no que tange ao item pertinente às transferências, mesmo em se tratando de operações interestaduais, o Tribunal de Justiça da Bahia já vem entendendo não ser devida a incidência do ICMS, conforme anexo Acórdão, Apelação nº 0323677-51.2012.8.05.0001 – Segunda Câmara Cível. Des. Gesivaldo Nascimento Britto. Apelante: Estado da Bahia, cuja ementa transcreve.

Observa que, no caso em tela, tratando-se 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.”.

Finaliza a manifestação ratificando que a diligência alcançou a comprovação da efetividade da sucessão e da tributação das mercadorias transferidas pela sucessora, assim como não incidindo ICMS sobre transferências internas e estando justificada a divergência de valores informados pelas administradoras, requer que o Auto de Infração, seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante cientificado da manifestação do autuado se pronunciou (fl.300) dizendo que o contribuinte não apresentou novidades em relação à última Informação Fiscal, razão pela qual mantém os seus termos.

VOTO

Inicialmente, no que concerne a arguição de nulidade do Auto de Infração, por manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, tanto o motivo quanto 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 pericia com fulcro no art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 1, 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. Requereu 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299762.0021/14-5**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO)**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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, 10 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR