

PROCESSO	- A. I. Nº 206908.0019/14-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 5ª JJF nº 0209-05/16
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 11/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0098-12/18

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. TRANSFERÊNCIA DE ESTOQUE. Restou comprovado que a sociedade empresária não se encontra ativa no cadastro da SEFAZ, desde 20/08/2014, e que no mesmo endereço passou a funcionar como filial da empresa matriz, a Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., permanecendo as mercadorias no mesmo endereço. Infração elidida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Trata-se de transferências internas de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular, o que de acordo com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 não incide ICMS. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso de Ofício em relação a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/07/2014, que exige crédito tributário no valor de R\$92.106,66, em decorrência do cometimento de três infrações, sendo objeto recursal as infrações 01 e 02, abaixo:

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

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

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0209-05/16, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do presente auto, conforme voto transscrito abaixo:

“VOTO

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

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

Não acolho os argumentos trazidos na defesa, no sentido de que haveria alguma irregularidade na lavratura do Auto de Infração, haja vista que os princípios da moralidade, legalidade e eficiência, foram obedecidos, e não foi apontado especificamente qualquer irregularidade na sua lavratura, limitando-se o deficiente a arguir que o autuante “cometeu diversos erros e irregularidades”, “certamente de forma involuntária dada ao acúmulo de trabalho e a escassez de tempo para a prática e exame de toda a farta documentação [...]”. Passo ao exame do mérito:

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

Consta na descrição dos fatos no Auto de Infração que “Não obstante, o alegado pelo contribuinte, não se

caracteriza a não incidência, visto que a empresa continua ativa e em funcionamento, em paralelo com outra empresa legalmente constituída, funcionando no mesmo local, conforme informações do Sistema da SEFAZ-BA.”.

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

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

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

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

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

Após o relatório acima o diligente chega às seguintes conclusões:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na sua peça defensiva, o autuado alega que a Súmula 166/96 do STJ dispõe que não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, sendo, portanto, indevida a tributação do ICMS sobre a operação de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Diz que, assim sendo, o artigo 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, que determina a tributação do ICMS, ao considerar ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, invadiu a competência determinada e fixada pelo legislador constituinte, haja vista que somente há autorização para instituir e cobrar o ICMS na hipótese de operação de circulação jurídica de mercadoria, e não sobre a transferência entre filiais, como equivocadamente entende o Estado.

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

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

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

Infração improcedente.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Em 31/07/2017, o presente PAF foi baixado em diligência à ASTEC, para que o recorrido anexasse aos cadernos processuais cópia da Certidão Simplificada Digital da Junta Comercial do Estado da Bahia que comprove a sucessão da Recorrente pela empresa Pereira Borges Fábrica de confecções.

Em 30/10/2017, a diligência foi cumprida, e a Certidão Simplificada Digital da Junta Comercial do

Estado da Bahia foi anexada ao PAF as fls. 269/271.

Em mesa o Conselheiro Tostoi Seara Nolasco declarou-se impedido por ter participado do julgamento em Primeira Instância.

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 5ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0209-05/16.

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 Certidão Simplificada Digital da Junta Comercial do Estado da Bahia colacionada ao presente PAF as fls. 269/271.

Infração improcedente.

Já na infração 2, a exoneração ocorreu em razão da exclusão dos valores relativos às transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, e conforme orientação da Procuradoria Geral do Estado por meio da Procuradoria Fiscal que promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca do tema, segundo os requisitos e sistemática do Decreto Estadual nº 11.737 de 30/09/2009, cujo entendimento adotado tornou sua observância obrigatória por todos os Núcleos da Procuradoria Fiscal.

Desta forma entendo que a decisão de piso esta alinhada com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado foi que “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”. Como no caso em tela as transferências foram no âmbito interno, julgo a Infração improcedente.

Do exposto, entendo não merecer qualquer reparo a decisão de piso, assim NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo inalterada a decisão recorrida.

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 206908.0019/14-3, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.273,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS