

A. I. Nº - 147074.0004/14-1
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS SALES ICO SOUTO
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/04/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-05/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Tal lançamento faz parte também de inúmeros outros autos por conta de sucessivos encerramentos de atividade e absorção dos negócios por uma empresa sucessora, devido a um planejamento tributário. Não há incidência de imposto em sucessão empresarial, conforme art. 3º, XI, “b” da Lei nº 7.014/96. Infração 1 improcedente. **b)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. TRANSFERÊNCIAS INTERNAS. A Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, de que “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.” Como a infração decorreu de transferências internas não há razão para justificativa do lançamento. Infração 2 improcedente. 2. OMISSÃO DE SAÍDA. VENDA COM CARTÃO DE CRÉDIT/DÉBITO. VALOR INFERIOR FORNECIDO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA/ADMINISTRADORA. A diligência solicitada acerca desta infração foi conclusiva quanto ao fato de que não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas da empresa sucedida tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, não sendo possível verificar o cotejo por valor e data do débito/crédito. Infração 3 procedente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. No caso presente, trata-se de antecipação total por substituição tributária (calçados) e não parcial como defendeu o impugnante, que não logrou provar quaisquer de suas alegações, qual seja, material de uso, consumo e incorporação ao ativo da empresa. Infração 4 subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA. FALTA DE RECOLHIMENTO NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. Infração reconhecida pelo impugnante. Infração 5 procedente. 4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. Multa reduzida, de ofício, de 10% para 1%. Infração 6 procedente. Não acolhido o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 30/06/2014, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor

total de R\$128.002,37, decorrente das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (02.01.02) – Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo justificado na nota fiscal, no campo informações, como “operação não incidente do imposto”, sendo lançado o valor de R\$101.578,81, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 2 (02.01.03) – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, relativo a transferências de mercadorias pra outros estabelecimentos, sem destaque do imposto, sendo lançado o valor de R\$480,04, acrescido das multas de 60%;

INFRAÇÃO 3 (05.08.01) - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado R\$15.917,59, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 4 (07.01.02) – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$2.533,90, acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 (07.15.05) - Multa percentual sobre parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas e com saída posterior tributada, sendo lançado o valor de R\$1.768,00, acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançado o valor de R\$5.724,03.

O impugnante apresentou defesa às fls. 282/292, quando inicialmente diz que reconhece a Infração 5 e também a 6, que a empresa irá pagar tais infrações, com os devidos descontos legais. Pede inicialmente pela nulidade do lançamento, sob a justificativa de sua manifesta impropriedade, por inocorrência de qualquer ilicitude.

Aduz que o auto aqui impugnado, foi lavrado após o requerimento deste impugnante de baixa regular desta sua Empresa, em função de sucessão empresarial para outra empresa do mesmo grupo empresarial, cujos sócios das duas (sucedida e sucessora) são os mesmos.

Que em outubro de 2013, a empresa requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013, porque esta loja a partir de 01/10/2013 passaria, como de fato passou, a funcionar pela nova empresa sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0005-13, COM INCRIÇÃO ESTADUAL 112054061 – NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Que desta forma, já se evidencia claramente que a Infração 1 deste Auto de Infração, se encontra desprovida de fundamento legal, tendo em vista que a sucessão, com base nos dispositivos legais supra mencionados no parecer, não se configura como fato gerador de ICMS, devendo ser julgada improcedente tal infração.

Com relação à infração 2, a Súmula nº 166 do STJ afirma que não constitui fato gerador do ICMS, o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Muitas empresas necessitam transferir mercadorias e ou produtos de sua matriz para sua filial ou de filiais para filiais, as quais se encontram sediadas em outras unidades da federação, e, por conta das regras dispostas no Regulamento do ICMS e na Lei Kandir, se vêem obrigadas a recolher aos cofres públicos o ICMS sobre tal operação.

Ocorre que é indevida a tributação do ICMS sobre a operação de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. E o motivo desta ilegalidade se extrai do próprio conceito constitucional de circulação de mercadoria, que é o critério material da regra matriz de incidência tributária do ICMS.

A matéria já está pacífica no Poder Judiciário, tendo o Superior Tribunal de Justiça inclusive editado Súmula, de nº 166, com o seguinte verbete: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Com relação à alegada infração 4, relativa à transferência de estoque entre matriz e filial - em outubro de 2013, a empresa requereu baixa de sua inscrição Estadual e Federal, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30/09/2013, porque esta loja da empresa impugnante, a partir de 01/10/2013 passaria, como de fato passou, a funcionar pela nova empresa sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA CNPJ 07551590/0005-13, COM INCRIÇÃO ESTADUAL 112054061 – NO, onde tanto a empresa sucedida quanto a sucessora possuem os mesmos sócios.

Assim, indevida é a arguição de que houve 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.

Isto porque, quando houve a 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 07551590/0004-32, COM INCRIÇÃO ESTADUAL 112053936 – 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, a empresa impugnante. Tal fato gerou apenas a divergência destas informações somente neste período de transição da aludida sucessão empresarial.

Há que se julgar improcedente a Infração 4 deste auto de Infração, tendo em vista que o valor do imposto de ICMS deste período de transição, já foi pago pela empresa sucessora, posto que ela foi quem emitiu as Notas Fiscais diretamente para o Consumidor final e o crédito relativo a estas vendas foi creditado em nome da empresa sucedida. Sendo, por consequência, também indevida e improcedente a aplicação da multa referente e correspondente a esta infração.

Com relação à alegada infração 5 antecipação de ICMS referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da federação – alega o Fiscal, que a empresa efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito ativo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior.

A empresa Impugnante não concorda com esta alegada infração, posto que sempre recolheu o valor correto do ICMS relativo a todas as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior, mesmo não concordando com esta obrigação, assim, indevidas todas as diferenças de tributos de ICMS de todo o período descrito no Auto de Infração, no total de R\$4.284,00, o qual fica impugnado.

Que é inaplicável a antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos oriundos de outros Estados da Federação, destinados à transformação, uso, consumo e incorporação ao ativo imobilizado da empresa. A legislação baiana do ICMS (Lei nº 7.014/96), foi modificada pela Lei nº 8.967/03, que incluiu no seu texto o art. 12-A, instituindo a figura da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos adquiridos de outras unidades da Federação no Estado da Bahia.

O objetivo da modificação empreendida é o pagamento, pelo próprio adquirente, de parte do tributo que será devido na operação subsequente, quando os produtos tenham a finalidade de comercialização dentro do território baiano.

Ocorre que, com frequência, o Estado da Bahia vem autuando empresas adquirentes de mercadorias de outros Estados da Federação por ausência de recolhimento do ICMS antecipação parcial. As autuações infelizmente não observam a natureza da operação, a atividade comercial do adquirente e a finalidade do art. 12-A da LICMS, acarretando em lançamentos e imposição de pesadas multas para contribuintes que não se enquadram na determinação legal de antecipação do imposto.

É evidente que a norma referida é direcionada àqueles contribuintes que adquirem mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para posterior revenda, de forma que antecipam parte do tributo, pagando o restante quando da efetiva ocorrência do fato gerador de sua operação de venda, sem que realmente ocorra o encerramento da fase de tributação.

Diversa também é a situação do adquirente de produtos que serão usados (transformados) para compor seu produto final, este sim a ser comercializado, uma vez que não há comercialização direta, a exemplo de restaurantes *fast food*, onde são usados molhos, verduras, condimentos, pães, pastas, etc., para composição dos pratos. Na situação em voga não foi acionado o antecedente da regra de incidência, uma vez que ditas aquisições não têm a finalidade de comercialização direta, como dito no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, mas sim de aquisição para transformação em bem de consumo que, pela sua natureza e pelo processamento que sofrem, se tornam um produto totalmente dissociável daqueles adquiridos anteriormente.

Assim, não há que se falar em adequação da operação ao enunciado prescritivo do art. 12-A da LICMS, uma vez que jamais haverá fato gerador do ICMS na operação principal, que é de revenda dentro do Estado, o que torna despicienda a exigência da parte antecipada do tributo não devido, evitando de ilegalidade e inconstitucionalidade a sua cobrança.

Sobre o tema, o próprio Conselho Estadual de Fazenda do Estado da Bahia - CONSEF já se manifestou e vem julgando improcedentes os autos de infração lavrados para exigir ICMS antecipação parcial, conforme se depreende do aresto abaixo descrito:

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N 0372-02/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Foi constatado que os produtos, alvo da autuação, não são destinados a comercialização e sim ao uso, consumo ou ativo immobilizado. Decisão unânime. (A. I. N° 210312.0025/10-0, ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR, ACÓRDÃO JJF No 0372-02/10, Internet 21.12.10). (01)

Trata-se, portanto, de produto novo, não havendo que se falar em aquisição para fins de comercialização direta, tendo em vista que foi encerrada a fase de tributação, não estando preenchido o requisito exigido pela legislação baiana no já transrito art. 12-A.

Ademais, ainda que se argumente que a atividade desenvolvida no sentido de utilizar-se dos bens adquiridos para compor seu produto final, pode ser enquadrada através de uma interpretação extensiva no referido mandamento legal, o ordenamento jurídico pátrio veda tal forma de aplicação da legislação tributária.

É que o art. 150, I, da Constituição Federal; art. 9º, I e art. 97, I e III, do CTN, encabeçando o princípio da tipicidade cerrada, vedam a interpretação extensiva da norma fiscal impositiva de obrigação pecuniária. Improcede esta infração no valor alegado de R\$4.059,08.

Ficaram plenamente demonstrados através das planilhas e documentos juntados a esta Impugnação do Auto de Infração, que o Autuante, ao lavrar o Auto cometeu diversas erros e irregularidades, certamente de forma involuntária dada ao acúmulo de trabalho e a escassez de tempo para a prática e exame da farta documentação, mas que poderá causar prejuízos à empresa Impugnante (exemplo de: ter sido calculado 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), irregularidades estas que podem e devem ser reparadas por esta Egrégia Turma Julgadora do Conselho Fiscal de Contribuintes do Estado da Bahia.

Diante de todos os fatos, fundamentos e provas apresentados:

- a) Requer e espera seja acolhida e provida a presente impugnação para o fim de Julgar Improcedente as infrações contidas no Auto de Infração ora combatidas;
- b) Requer alternativamente, que caso não seja acolhido integralmente o pedido de letra “a”

formulado acima, seja acolhido por esta Turma Julgadora os argumentos desta impugnação para abater os valores de imposto relativo, decorrente de outros erros demonstrados nesta peça processual, bem como as multas relativas a tais infrações, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração, reduzindo desta forma o valor do mesmo.

- c) Requer, outrossim, a realização de diligências, aquelas necessárias à plena elucidação das questões ora 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,
- d) Protesta também pela exibição e juntada de novos comprovantes, se assim forem requeridos por este órgão julgador.

O autuante presta informação fiscal às fls. 304/306, onde se contrapõe aos argumentos defensivos conforme transcrição abaixo:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.02: Diz que no tocante a esta infração, inicialmente, esclarece que a supervisão, bem como o inspetor fazendário da INFRAZ Varejo, em reunião com o sócio majoritário, acompanhado do profissional contador e do representante (procuração), pediu esclarecimento em relação à alegada "sucessão", já que não havia nenhum elemento que confirmasse tal procedimento.

No decorrer da conversação, o contribuinte, através do seu contador, esclareceu não ter interesse em regularizar a situação da sucessão perante os órgãos competentes, já que teria prejuízo. Informou que a empresa "Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda.", faz jus a um crédito presumido de 90% sobre as saídas das mercadorias por ele produzidas (estabelecimento industrial), pretendendo solicitar a extensão do benefício para 95% e, caso formalizasse a "sucessão" ficaria impossibilitado de obter tal benefício.

Assim, entende que o contribuinte preferiu apenas e unicamente, dar saída das mercadorias dos estabelecimentos da empresa ora fiscalizada, sem destaque do ICMS e sob a alegação de que se tratava de uma "sucessão", ou seja, os estabelecimentos da empresa Água do Mar Confecções Ltda., deixariam de existir no mundo jurídico, sem nenhuma responsabilidade jurídica perante a Receita Estadual.

Valendo salientar, inclusive, que o estabelecimento matriz foi fiscalizado pelo auditor Roque Pereira da Silva e, apesar de reiteradas intimações, o contribuinte deixou de apresentar os documentos fisco contábeis, bem como o seu livro diário. A fiscalização foi concluída em parte, sem a homologação dos exercícios fiscalizados daquele estabelecimento. Outro fato importante a ser elucidado é que a empresa fiscalizada possuía 12 estabelecimentos "Ativos" quando do início da ação fiscal.

Em fevereiro de 2014 teve suas inscrições na condição de "INAPTAS" pela não apresentação de DMAs, após o que solicitou reativação das inscrições, retornando a condição de "ATIVA" e, somente no decorrer da ação fiscal solicitou a baixa das suas inscrições.

Salienta, ainda, que apesar de se tratar de empresa com 12 (doze) estabelecimentos em atividade, inclusive, funcionando em todos os shoppings de Salvador, o capital social da empresa AGUA DO MAR COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA., é de apenas R\$20.000,00. Na alteração contratual apresentada pela empresa PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA., não consta majoração do capital social, e unicamente, a criação de estabelecimentos filiais nos mesmos endereços onde funcionavam a empresa fiscalizada (Água do Mar) e, para nossa maior surpresa, o capital social da empresa PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA., continuou no valor de apenas R\$35.000,00.

Num acinte às práticas comerciais e legais, e, supostamente, para fins de induzir a erro o Erário. O que, por si só, merece uma investigação mais aprofundada do seu patrimônio, com acurado exame, principalmente, dos livros contábeis, posto ser indício de fraude à legislação comercial e fiscal, nas três esferas da federação.

Com a recusa da entrega dos livros e documentos contábeis ficamos impossibilitados de proceder auditoria contábil, roteiro necessário e indispensável para apresentação de auditoria conclusiva da situação real da referida empresa perante o Erário Público Estadual. Pedimos ao nobre julgador, caso entenda necessário, que seja analisada toda a situação aqui exposta e que, mediante diligência, requeira, junto ao contribuinte, a regularização perante os órgãos competentes da alegada sucessão para que o mesmo possa obter o benefício da isenção do ICMS nas saídas das mercadorias, bem como de todo o patrimônio da empresa AGUA DO MAR COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

Ultrapassado o entendimento do parágrafo anterior pugnamos pela declaração de procedência deste item da Ação Fiscal.

INFRAÇÃO 2 – 02.01.03 - Uma vez mais o contribuinte em desapreço pela legislação pertinente, que consagra a independência dos estabelecimentos, discorre longamente opondo questionamentos jurídicos que por mais relevantes, não estão ainda cristalizados e não se vinculam a administração tributária e, mais ainda, constituem-se em verdadeiro atentado às finanças do Estado.

INFRAÇÃO 3 – 05.08.01: o contribuinte, *data venia*, numa manobra, visivelmente protelatória, alega que a empresa sucessora PEREIRA BORGES FABRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ 07.551.590/0004-32, efetuou as vendas diretas ao consumidor, pelo motivo de que a mesma não possuía no início do mês as maquinetas de cartões de crédito em seu nome.

Informa que de acordo com as informações prestadas na Infração 1, podemos constatar que não se trata de uma sucessão, assim como afirma a defendant, além do que segundo o Art. 202, §11º, do Decreto nº 13.780/12: “*não é permitido o uso de equipamento POS (Point of Sale) ou qualquer outro equipamento para registro de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente que não esteja vinculado ao número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário*”.

Diante disso, também nesse item reiteramos o pedido de procedência do auto de infração.

INFRAÇÃO 4 – 07.01.02 - O contribuinte alega que a aquisição não tem finalidade de comercialização direta, mas sim de aquisição para transformação em bem de consumo, pois isso não efetuou a Antecipação Parcial.

Inicialmente tem a informar que a Infração 4, trata-se de recolhimento a menor da substituição tributária, referente às compras de calçados, conforme demonstrativos às fls. 38, e que apesar da alegação do contribuinte de que trata-se de material para uso e consumo, o mesmo não comprovou, inclusive, em seus registros os mesmos constam com o CFOP de aquisição e não de uso e consumo, sendo também importante observar o montante de compras, sendo em janeiro/2012 no valor de R\$27.422,07; em junho/2012 de R\$10.126,61 e agosto/2012 de R\$8.218,80, valores altos para produtos que foram utilizados para uso/consumo, sem considerar os outros meses que apresentaram também compras de calçados, mas não tiveram recolhimento a menor.

INFRAÇÃO 5 – Procedência confessada, conforme fls. 283.

INFRAÇÃO 6 – Procedência confessada, conforme fls. 283.

De todo o exposto reitera o procedimento fiscal, em sua totalidade.

Às fls. 316, o processo foi convertido em diligência, foi solicitado o registro do contrato social da empresa sucessora, assim como os sócios e endereço do funcionamento. Foi solicitado ainda o pedido de baixa, cópia do registro de inventário da empresa sucedida, de forma a comprovar se a Nota Fiscal nº 0287 decorreu da transferência de valor do estoque da empresa sucedida para a sucessora, e a partir do relatório TEF diário, solicitar a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa sucedida tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, fazendo-se o cotejo por valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Em parecer às fls. 319/22, a fiscal diligente informa que não foi apresentado o pedido de baixa, mas informações do cadastro da SEFAZ apontam que a empresa sucedida está baixada desde 20/08/2014 e a sucessora está ativa desde 25/09/2013; que verifica-se que os empregados de ambas são os mesmos, que o estoque apresentado está no valor da Nota Fiscal nº 287 (R\$700.593,67), e que não foi apresentado o cotejo dos valores de venda da empresa sucedida, não sendo possível verificar por data e valor do débito/crédito.

O autuado se manifesta à fls. 326/27 e diz que nos termos do Acórdão CJF 0018-11/02, de situação similar, não restou caracterizado o encerramento de atividades, mas a continuidade de atividades. Ainda às fls. 358/360, acrescenta que restou comprovado que os sócios de ambas empresas são os mesmos, os funcionários também.

Que a nota fiscal lançada no LRS da sucedida e no LRE da sucessora comprova a regular escrituração e que no caso interno, transferências deixaram de ser tributadas conforme incidente de uniformização PGE 2016.169506-0. Que ante o exposto pede ser julgado nulo ou improcedente o lançamento. Traz ainda à fl. 364, Acórdão 5ª JJF 0209-05/16, com decisão favorável ao impugnante.

Conta extrato de parcelamento de parte do débito do SIGAT finalizado nas fls. 391/393, referente às infrações reconhecidas.

VOTO

De início, constato que embora os assuntos tratados na defesa sejam pertinentes ao processo, claramente se constata que foram de auto de infração de outra inscrição do mesmo grupo empresarial, pois os valores e os itens lançados não guardam perfeita correspondência com o que consta na defesa.

O impugnante pede em caráter preliminar, a nulidade do lançamento, pela inexistência de ilicitude, sem, contudo, apontar vícios de ordem formal ou material que não sejam passíveis de saneamento, mas tão somente pela ausência de fatos que caracterizem o lançamento.

Pela análise das infrações, em princípio não destaco qualquer erro que aponte para as nulidades processuais, sendo tão somente passível a eventual improcedência. Rejeitado o pedido de nulidade.

Pede ainda diligência saneadora, o que de fato ocorreu, já que foi o processo convertido em diligência à ASTEC, fls. 316/317, no que diz respeito às dúvidas suscitadas nas infrações 1 e 3, e tendo resposta suficiente ao esclarecimento dos fatos, passo às razões de mérito.

Na infração 1, de acordo com a descrição, a empresa teria efetuado vendas de mercadorias tributadas para outra empresa, PEREIRA BORGES CONFECÇÕES, em 01/10/2013 no valor de R\$700.593,67 sem destaque de ICMS de R\$101.578,81, referente à parte tributável. Conforme conclusão da diligência saneadora à fl. 321, ficou caracterizada a sucessão comercial da empresa autuada pela empresa destinatária, inclusive com o mesmo quadro societário e mesmos funcionários.

Tal lançamento faz parte também de inúmeros outros autos por conta de sucessivos encerramentos de atividade e absorção dos negócios por uma empresa sucessora, devido a um planejamento tributário. Não há incidência de imposto em sucessão empresarial, conforme art. 3º XI, b, da Lei nº 7.014/96. Tomemos como exemplo, o Acórdão JJF 0055-01/17, em que o Relator Rubens Moutinho, assim fulminou a infração idêntica e envolvendo uma outra unidade do mesmo contribuinte:

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.

A segunda instância deste Conselho também tem mantido a improcedência de infrações idênticas

do mesmo contribuinte, conforme se depreende da leitura da ementa abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0300-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado tratar-se de transferência de estoque decorrente de sucessão empresarial, cuja operação não incide ICMS nos termos do art. 3º, XI, "b", da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

Pelo exposto, a infração 1 é improcedente.

A infração 2 decorreu da transferência de mercadorias tributáveis entre filiais do mesmo contribuinte, e regularmente escrituradas. Com relação à alegada Súmula nº 166 do STJ, que afirma que não constitui fato gerador do ICMS as transferências entre mesmos contribuintes, deixo como ressalva que a referida súmula se aplica apenas às transferências internas, que é o objeto da infração em lide, contudo não se aplica às transferências interestaduais por conta da Lei Complementar nº 87/96. A súmula 166 é anterior ao advento da LC nº 87/96.

Acresce o fato de que a Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, de que “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.” Como a infração decorreu de transferências internas, não há razão para justificativa do lançamento. Infração 2 improcedente.

A infração 3 decorreu de 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. O impugnante alegou que tal diferença ocorreu por conta do uso de maquineta da empresa sucedida pela sucessora, porque não possuía no início do mês e precisava efetuar vendas, e que por conta disto a empresa sucessora teria efetuado recolhimento a maior.

Foi pedida em diligência que o impugnante apresentasse meios de prova para se fazer o cotejo entre o Relatório TEF e os cupons de venda da empresa sucessora. A diligência solicitada acerca desta infração foi conclusiva quanto ao fato de que não foi apresentado pelo autuado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas da empresa sucedida tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, não sendo possível verificar o cotejo por valor e data do débito/ crédito.

A Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em caso de desencontro entre os relatórios de vendas de mercadorias fornecidos pelas administradoras e as leituras das máquinas emissoras de cupom fiscal, onde deveria constar o registro de tais vendas. O impugnante não logrou apresentar provas de que houve o registro das vendas e o pagamento do imposto correspondente. Infração 3 procedente.

Na infração 4, foi lançado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O Impugnante se defendeu como se tratasse de antecipação parcial, e justifica que se trata de mercadorias que são insumos, e se reporta como se fosse uma infração de sequência nº 8 (sic), quando em verdade estamos a tratar da infração 4, de antecipação total e não parcial, que sequer existe neste processo, possivelmente foi defesa de uma outra filial e transposta para esta lide. Há uma infração que se reporta à multa percentual sobre parcela que deixou de ser paga da antecipação parcial (item 5), mas que foi reconhecida e nem faz parte da lide.

No caso presente, trata-se de antecipação total por substituição tributária (calçados) e não parcial como defendeu o impugnante, e ainda assim, não logrou provar quaisquer de suas alegações, qual seja material de uso, consumo e incorporação ao ativo da empresa. O impugnante recolheu parte do valor do imposto devido, o que já demonstra que não há qualquer questão de direito envolvida, mas tão somente de cálculo do valor a ser pago, e neste caso, não apresentou

quaisquer inconsistências do valor calculado e lançado pelo autuante, caracterizando valor pago a menos que o devido. Infração 4 procedente. As infrações 5 e 6, multa por falta de pagamento de antecipação parcial, e falta de registro de entradas, foram reconhecidas e não fazem parte da lide. Contudo, a multa aplicada de dez por cento foi reduzida para um por cento, nos termos do inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE, de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, reduzindo o valor inicial de R\$5.724,03 para R\$572,40.

Infrações 5 e 6 procedentes. Reduzida de ofício o valor da multa da infração 6.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido, conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	101.578,81	0,00	-----	IMPROCEDENTE
02	480,04	0,00	-----	IMPROCEDENTE
03	15.917,59	15.917,59	100%	PROCEDENTE
04	2.533,90	2.533,90	60%	PROCEDENTE
05	1.768,00	1.768,00	-----	RECONHECIDA
06	5.724,03	572,40	-----	RECONHECIDA (c/ redução)
Total	128.002,37	20.791,89		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147074.0004/14-1, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$18.451,49**, acrescido das multas de 100% sobre R\$15.917,59 e 60% sobre R\$2.533,90, previstas no art. 42, incisos III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de **R\$1.768,00** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$572,40**, previstas nos incisos II, “d” e IX, do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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, 08 de março de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA- JULGADOR