

PROCESSO - A. I. Nº 147074.0004/14-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)
RECORRIDOS - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0043-05/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/19

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 CRÉDITO/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. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face do Acórdão nº 0043-05/18, da lavra da 5ª JJF deste CONSEF, que concluíra pela Procedência Parcial da autuação, ao

reconhecer a sucessão empresarial para afastar a infração 01; dar efetividade à Súmula nº 166 do STJ e ao parecer exarado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0 para afastar a infração 02; manter as infrações 03 e 04, nos seus exatos valores; e declarar que a RECORRENTE reconheceu a procedência das infrações 05 e 06, esta última com redução *ex officio* por força do disposto no art.42, inciso IX, da Lei nº7.014/96, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.461/15 (retroatividade benigna).

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS e multas no valor de R\$128.002,37, relativos a ocorrências apuradas ao longo dos exercícios de 2012 e 2013 (fl.04), em razão da constatação das seguintes irregularidades:

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 para 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 às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$2.533,90, acrescido de multa de 60%;

O autuado, às fls. 282 a 292, apresentou tempestivamente suas razões de defesa, na qual, declarando expressamente reconhecer as infrações 05 e 06 (fl.283), aduziu, com certo equívoco de dados relativos a autuações diversas do Presente PAF, em síntese:

- que o auto de infração seria nulo “*em face de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura(...) por inocorrência de qualquer ilicitude*”;
- que a RECORRENTE fora sucedida por PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ 07551590/0004-32, CAD-ICMS 112053936-NO, da qual participam os mesmos sócios, com o trespasse do estabelecimento autuado, configurada a sucessão empresarial, tornando insubsistente a infração 1;
- que as operações a ensejar o lançamento consubstanciado na infração 2 decorreria de transferências internas entre estabelecimentos de um mesmo titular, o que não configura hipótese de incidência do ICMS por força da Súm.166 do STJ, tornando insubsistente a infração 2;
- que a infração 04 – 05.08.01 – (*Sic*, fl.287;*rectius*, infração 03) não se sustenta porque com a sucessão empresarial operações foram realizadas por meio de cartões de crédito ou débito em nome da sociedade empresária sucessora, para venda de mercadorias em estoque da sucedida, não se justificando o lançamento segundo a técnica da presunção de omissão de saídas diante da divergência entre os valores escriturados e aqueles fornecidos pelas instituições financeiras, o que tornaria insubsistente a infração 04 (*rectius*, infração 03);
- que a infração 08 – 07.01.02 – (*Sic*, fl.288; *rectius*, infração 04) verbera a “*inaplicabilidade da 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*” (fl.288) com o fito de pugnar pela insubsistência da infração 04.

O autuado, ora RECORRENTE, não juntou qualquer documento de prova, mas requereu de modo genérico (fls.292) por sua produção.

Informação fiscal de fls.304 a 306 sustenta integralmente a autuação.

A 5ª JF determinou diligência à ASTEC (fls.316 e 317) exclusivamente em relação às infrações 01 e 03, com o fito de melhor esclarecer as circunstâncias da alegada sucessão empresarial, a

transferência do estoque e conciliação de valores de vendas escrituradas em nome da sociedade empresária sucedida (a RECORRENTE), mas supostamente operacionalizadas pela sucessora (a PEREIRA BORGES) por meio de cartões de crédito ou de débito.

A Sra. Auditora Fiscal diligente, em síntese, constatou (fls.319 a 321) a baixa da sociedade empresária sucedida e a atividade da sociedade empresária sucessora junto ao CAD-ICMS, identificando elementos de empresa coincidentes em ambas. Constatou, ainda, que a RECORRENTE, embora regularmente intimada para tal, não forneceu elementos que viabilizasse a conciliação dos valores de vendas por meio de cartões de crédito ou de débito.

Instada a se manifestar sobre a diligência, a RECORRENTE foi enfática (fls.358 a 360, documentos de fls.361 a 375) em relação à caracterização da sucessão e da não incidência de ICMS seja na sucessão, seja na transferência interna entre estabelecimentos de um mesmo titular. Todavia, quedou-se silente em relação ao não fornecimento de elementos para a conciliação das vendas com cartões de débito ou crédito.

Registra-se que às fls. 378 a 384, consta requerimento de parcelamento de parte do débito, com extrato do SIGAT às fls.391, com indicativo de “finalizado”, e com valores compatíveis aos das infrações 06 (reconhecida) e 04 (em tese, ainda em discussão).

Em julgamento realizado em 08/03/2018 (fls.401 a 409) a 5ªJJF acolheu em parte as alegações da RECORRENTE. Afastou as infrações 01 e 02, por reconhecer a sucessão empresarial e a não incidência de ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos titulados por um mesmo contribuinte; manteve as infrações 03 e 04, por não encontrar prova substancial (em verdade, pela contumácia da RECORRENTE em fazê-lo) que afaste a presunção de omissão de saídas dada a ausência de conciliação entre vendas escrituradas e vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, sendo afastada a defesa no que se refere ao regime de antecipação tributária; e pronunciou-se pelo reconhecimento das infrações 05 e 06, destacando que ambas não integram a lide. Foi interposto o recurso de ofício em relação às infrações 01 e 02.

Regularmente intimada, a RECORRENTE interpôs recurso voluntário (fls.419 a 433), por meio do qual aduziu exclusivamente argumentos defensivos em relação à infração 03, sustentando que esta também deveria ser afastada como decorrência do reconhecimento da sucessão empresarial, sendo que a sucessora recolheu o ICMS sobre as mercadorias cujo recolhimento fora supostamente omitido pela sucedida. Trouxe em seu sustento fundamentação exarada pelo Conselheiro Tostoi Seara Nolasco quando do julgamento proferido em outro feito por parte da 5ª JJF, acórdão nº 0170-05/17.

VOTO

Antes de ingressar o mérito, conveniente fixar o objeto da lide. As infrações 05 e 06 foram expressamente reconhecidas pelo RECORRENTE em sua peça de defesa (fl.283). A infração 04, por sua vez, não foi discutida pela RECORRENTE em suas razões recursais (fls.419 a 433), tendo-se verificado, ainda, que seu objeto foi aparentemente extinto após parcelamento (fls.391).

Portanto, resta em discussão a manutenção da decisão pela improcedência das infrações 01 e 02 (recurso de ofício), bem assim o exame de eventual acolhimento das razões da RECORRENTE em relação à infração 03.

DO RECURSO DE OFÍCIO

O cerne do Recurso de Ofício está em examinar se o Autuante agiu bem ao lançar crédito tributário diante da baixa irregular de estoques, em situação que se configurou sucessão empresarial, por um lado; e se estaria correto em fazer incidir ICMS em operações que, indubitavelmente, consubstanciaram transferências internas (dentro dos limites territoriais deste Estado da Bahia) de mercadorias entre estabelecimentos titulados pelo mesmo contribuinte. Ademais, de aferir se a 5ª JJF decidiu bem ao afastar o ICMS e penalidades.

Penso que agiu com acerto a 5ª JJF.

No que diz respeito à infração 01, esta 2ª CJF, ao examinar a mesma situação (a aquisição do estabelecimento WAVE BEACH por parte da PEREIRA BORGES, avaliando a incidência ou não de ICMS em tal operação, para regularização da baixa de estoques) decidiu do seguinte modo (Acórdão CJF nº 0300-12/17), em voto da lavra do Sr. Conselheiro Presidente Fernando Antônio Brito de Araújo:

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 Nota Fiscal nº 141, à fl.132, uma vez que a empresa sucessora se estabeleceu na sede onde situava a antecessora, pratica as mesmas atividades e têm em comum os mesmos sócios, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária, nos termos do art. 133 do CTN, consoante se comprovou através de diligência realizada pelo próprio autuante, às fls. 374 e 375 dos autos.

Não vejo elementos de dessemelhança entre os julgados. Aliás, como já bem pontuado nas razões de defesa, o efeito de tributação seria nulo: a sucedida lançaria a saída a valor de venda; a sucessora tomaria o crédito. Em verdade, nem circulação econômica ou física se verifica, apenas a circulação jurídica com a mudança de titularidade do estabelecimento por parte de uma pessoa que é, em tudo, pouco mais que uma nova denominação social de uma sociedade que se manteve formada pelos mesmos sócios, explorando a mesma atividade, fazendo uso dos mesmos elementos de empresa (clientela, ponto comercial, quadro de pessoal etc.). Tudo isso, aliás, constatado pela ASTEC em diligência realizada por Auditor estranho ao feito.

Também em relação à infração 02, nenhuma objeção à decisão do órgão de piso. Com efeito, passados quase cinco anos da lavratura do Auto de Infração, tem-se consolidado o entendimento no âmbito deste CONSEF, com espeque no Incidente de Uniformização PGE nº2016.169506-0, que expressamente assenta: “*não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”. Este entendimento é, aliás, o que tem prevalecido perante os Tribunais Superiores.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A argumentação da RECORRENTE cinge-se a buscar estender o raciocínio da sucessão do estabelecimento (objeto da infração 01) à infração 03, por entender que se operaria uma presunção inversa: se o estabelecimento foi sucedido, não se poderia presumir omissão de vendas, e sim que estas se realizaram sob o novo nome empresarial da sucessora.

A tese é tentadora, mas não impressiona diante do conjunto probatório. Percebe-se que a RECORRENTE teve mais de uma oportunidade de demonstrá-lo, seja por ocasião da própria atividade fiscalizatória, seja por ocasião da apresentação da defesa, seja ainda por ocasião da realização da Diligência Fiscal por parte da ASTEC.

Não é possível presumir, portanto, diante dos elementos probatórios colacionados – a bem da verdade, diante da negativa da RECORRENTE em colacionar qualquer elemento – que as vendas efetuadas por meio de cartões de débito e crédito em nome da sucessora (PEREIRA BORGES) abarcariam todas as vendas escrituradas sob essa rubrica por parte da sucedida. Diante da sucessão, reconheça-se, sem a observância de todos os rigores da legislação, cabia à contribuinte RECORRENTE reunir elementos probatórios mínimos, como o fez naquele julgado por si mesmo citado nas razões recursais (Acórdão JJF 0170-05/17).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente 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 (reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/2015), do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA– RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS