

PROCESSO - A. I. Nº 233048.0038/14-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
RECORRIDOS - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0170-05/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0230-12/19

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. 3. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS DECLARADAS EM MONTANTE INFERIOR AO FORNECIDO POR EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/08/2014, no valor de R\$180.451,14, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.02 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no mês de outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$128.281,60, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada improcedente, sendo objeto apenas do Recurso de Ofício.

Consta que o Autuado efetuou vendas de mercadorias para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda, no dia 01 de outubro de 2013, no valor de R\$754.597,64, sem destaque do ICMS referente às mercadorias tributáveis e fundamentou na referida Nota Fiscal, no campo Informações Complementares, o disposto no Art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96, a não incidência do ICMS, contudo continua ativo e em funcionamento, em paralelo com a outra empresa legalmente constituída, funcionando no mesmo local, conforme informações do sistema da SEFAZ/BA.

Infração 02 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior

tributada normalmente, nos meses de abril, julho, agosto e outubro a dezembro de 2012 e abril a junho e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.171,79, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente, não sendo objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 03 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho, outubro e dezembro de 2012 e janeiro, março e maio a agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.337,52, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada improcedente, sendo objeto apenas do Recurso de Ofício.

Consta que o Autuado deixou de escriturar o ICMS relativo às transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto apurado mediante Auditoria de Transferências, tendo sido efetuado levantamentos mensais de débitos e de créditos.

Infração 04 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro e outubro de 2013, sendo aplicada multa no valor de R\$2.992,62, equivalente a 10% sobre o montante das entradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente em parte, sendo objeto apenas do Recurso de Ofício.

Infração 05 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro e outubro de 2013, sendo aplicada multa no valor de R\$37,70, equivalente a 1% sobre o montante das entradas, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente, não sendo objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 06 - 05.08.01 - Omissão de saídas 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, nos meses de janeiro a março, agosto e dezembro de 2012 e janeiro, fevereiro e maio a outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.629,91, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente, sendo objeto apenas do Recurso Voluntário.

A 5ª JfF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em Decisão não unânime, mediante o Acórdão nº 0170-05/17 (fls. 670 a 687), com base nos votos a seguir transcritos:

“De início saliento que a empresa autuada, ao contrário do argumento da defesa, é parte legítima para figurar no polo passivo da relação jurídico tributário, posto que os fatos geradores ocorreram quando a sociedade empresária estava ativa e exercendo plenamente a sua atividade comercial.

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, ademais a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, a teor do art. 147, I, II do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

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 defendente 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 Confeções Ltda., no dia 01 de outubro de 2013, Nota Fiscal 373, no valor de R\$ 754.597,64, no mês de outubro/2013, sem destaque do ICMS no valor de R\$128.281,60. 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 Confeções 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 Nº67/2016, em 26 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. 549 a 551).

1 – Intimou o autuado a apresentar as devidas comprovações, como solicitadas por esta JJF, conforme Intimações Fiscais, fls. 552/554, a primeira por e-mail (fls. 553/554), e a segunda na empresa, fl. 552, 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 041974/2016-0, (fls. 555/565), solicitou a juntada do anexo instrumento de substabelecimento de mandato e cópia de decisão similar do CONSEF.

3 – Após nova solicitação dos documentos para cumprimento da diligência fiscal, o autuado apresentou a GFIP das empresas Água do Mar e Pereira Borges, a Alteração Contratual da Pereira Borges (fls. 595/599), uma cópia da Defesa do Auto de Infração nº 130609.0171-14-8 (fls. 571/580), Registro de Entradas da Pereira Borges e os CDs (fls. 570/619), contendo dos seguintes arquivos:

- a) A Alteração Contratual da empresa Água do Mar Confeções Esportivas Ltda, com endereço das lojas que foram reabertas em nome da Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda, no dia 01/10/2013, referentes às filiais de CNPJ nº 34.431.213/0005-13, 34.431.213/0006-02, 34.431.213/007-85 e 34.431.213/0009-47.
- b) A GFIP com a relação de empregados da empresa sucedida Água do Mar Ltda, e das filiais de CNPJs explícitos no item a.
- c) A Nota Fiscal 373 e a relação de mercadorias em anexo.
- d) Inventário do Estoque em 01/10/2013 da Água do Mar Confeções Ltda, referente às filiais adrede mencionadas.

Após análise dos documentos apresentados e consultas feitas no Sistema INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, foram verificados os seguintes fatos:

- a) Não foi apresentado pelo autuado o pedido de baixa da empresa cujas atividades foram encerradas, junto à SEFAZ, como solicitado.

Deste modo, foi feita consulta nos Dados Cadastrais do Sistema INC da empresa Água do Mar Ltda, e da Pereira Borges Ltda, que conta nas Nota Fiscal 373, fl. 16. Consta que a empresa autuada sucedida está em situação SUSPENSO/PROC. BXA/INAPTO DESDE 18.07.2014, 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 Sousa, como sócios nas duas empresas.

- b) O registro da Alteração Contratual da Pereira Borges apresentado, constam os nomes de Antoniel Pereira e Kawan Almeida como sócios e a data do registro na Junta Comercial ocorreu no dia 03/05/2013.
- c) Na comparação das GFIT referente à empresa Água do Mar, com a GFIT da Pereira Borges, verifica-se que os empregados são os mesmos.
- d) O Livro Registro de Entradas de Pereira Borges, referente ao período de 01/10/2013 a 31/12/2013, não apresenta nenhuma irregularidade.
- e) Não foi apresentado a comprovação de que os valores correspondentes às vendas pela empresa sucedida, Água do Mar, tiveram emissão de documentos fiscais pela sucessora, Pereira Borges, sendo impossível verificar o devido cotejo por valor e data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

Conclui que após análise e confrontos dos documentos apresentados pelo autuado e consultas feitas no INC, a empresa sucedida Água do Mar, foi SUSPENSA/PROC.BAIXA.INAPTO, em 18/07/2014, e a empresa sucessora Pereira Borges, foi inclusa no cadastro em 25/09/2013. Salienta que não foi possível verificar o devido cotejo pelo valor e a data do débito/crédito e respectivo documento fiscal emitido.

O sujeito passivo, por meio de seu patrono manifesta-se acerca da diligência acima, e salienta que o Parecer ASTEC confirmou os fatos alegados na defesa, no sentido de que a empresa autuada encontra-se baixada, sendo que a Pereira Borges foi constituída para sucedê-la, com regular cadastro, desde o dia 25/09/2013. Atestou ainda a ASTEC que o Livro Registro de Entradas da Pereira Borges, referente ao período de 01/10/2013 a 31/12/2013 não apresenta nenhuma irregularidade.

Restou comprovado, ainda, que as duas empresas (sucédida e sucessora) possuem os mesmos sócios, os mesmos empregados e, como já era de conhecimento de todos, as atividades tiveram continuidade no mesmo local e mesmos objetos societários. Tais fatos, por si só, e na forma do Acórdão CJF nº 0018-11/02, da Primeira Câmara caracteriza a alegada sucessão, e por via conexa, torna ineficaz as cobranças dos itens 01 e 06, mencionados na diligência.

Da análise dos documentos constantes neste processo administrativo fiscal chego às seguintes conclusões:

A sociedade empresária Água do Mar Confeções Ltda, na qualidade de autuado, inscrição estadual nº

079.948.639, possui endereço na Av. Luis Viana Filho, Shop. Center Paralela, Quadra F, nº 8544, lojas 125/126, Alphaville.

Consoante o INC - Informações cadastrais da SEFAZ/BA, encerrou suas atividades em 09/07/2014. (fl. 581).

A sociedade empresária Pereira Borges Ltda, inscrita no Estado sob o nº 112.054.629, foi incluída no cadastro no dia 25/09/2013, quando teria iniciado as suas atividades, adotando o número de filial 07, no mesmo endereço onde funcionava a Água do Mar, qual seja, Av. Luis Viana Filho, Shop. Center Paralela, lojas 125, 126. Tudo conforme Alteração da Sociedade Empresária, cuja cópia encontra-se na fl. 545 do PAF, assinada em 03/05/2013.

Em 31/10/2013, data do fato gerador da infração, a Água do Mar transferiu seu estoque para a Pereira Borges, quando já então a Pereira Borges funcionava no mesmo endereço, posto que teria iniciado as suas atividades em 25/09/2013, sob o número de filial 07. Portanto, houve continuidade das atividades no mesmo local, comercializando as mesmas mercadorias inventariadas.

Esta conclusão ratifica o Parecer da ASTEC e leva à assertiva de que, ainda que as duas empresas possuem os mesmos sócios, os mesmos empregados e, as atividades tiveram continuidade no mesmo local com os mesmos objetos societários. Tais fatos, por si só, e na forma do Acórdão CJF nº 0018-11/02, da Primeira Câmara caracteriza que a venda do estoque final está relacionada com a transmissão da propriedade do estabelecimento, com a continuidade das suas atividades pelo novo titular, logo não há incidência do ICMS como exigido nesta infração.

Destaco também que este processo tem conexão com o julgado por esta JJF, Acórdão nº 209-05/16, no qual, 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 Confeções 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, aquele julgado foi pela improcedência da autuação.

Portanto, diante de todo o exposto, e pelas provas dos autos, **julgo improcedente a infração 01.**

A infração 02 não foi contestada pela sociedade empresária. **Fica mantida na sua totalidade.**

O mesmo ocorreu com relação às infrações 04 e 05, que não foram contestadas pelo defendente.

Contudo com relação à infração 04, que exige multa por descumprimento de obrigação acessória em decorrência da falta de registro na escrita fiscal de aquisições de mercadorias sujeitos a tributação, a redação do inciso IX do caput do art. 142 da Lei 7.014/96, foi dada pela Lei 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, e modificou o percentual da multa para 1% (um por cento) do valor comercial do bem.

Como a multa é mais benéfica para o sujeito passivo, aplico o disposto no art. 106, II, “c” do CTN, da retroatividade benigna, posto que comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Desse modo a infração 05 é procedente, no valor de R\$37,70 e a infração 04 é procedente com a redução da multa para o valor de R\$299,26.

Na infração 03, relativa à falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Foram realizadas transferências internas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a agosto de 2013, do estabelecimento autuado para diversos outros, como especificados nas notas fiscais e nas planilhas de fls. 134 a 270.

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.

A infração 06 exige ICMS em razão 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.

A planilha da Auditoria encontra-se nas fls. 293 a 296, e compreende os exercícios de 2012, e de 2013. O Relatório Diário Operações TEF, anexo às fls. 297 a 509, cujas cópias foram entregues à sociedade empresária autuada.

Desse modo a acusação versa que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas, sem emissão de documentos fiscais, com pagamento por intermédio de cartão de débito e/ou de crédito, conforme informações das Administradoras de Cartão, (Relatório Diário Operações TEF), que foram recebidos pelo sujeito passivo, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02.

Ressalto que por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeira e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF.

O autuado defende-se da acusação, sob o argumento de que quando ocorreu 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 de Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ 07551590/0008-66, inscrição estadual 112054629-NO, mas como não possuíam as maquinetas de cartão de crédito, utilizou as antigas, que já existiam na referida loja, em nome da empresa sucedida, ou seja da impugnante.

Argumenta que a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, também nesses mesmos valores e proporções.

Contudo, não obstante tais alegações da defendente, verifico que nenhum documento foi trazido aos autos, para comprova-las, no sentido de que o ICMS relativo a tais vendas, efetuadas por meio de cartões de crédito/débito, teriam sido ofertados ao erário.

Nesta hipótese restaria comprovada a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu.

Desse modo, amparado na legislação aplicável à espécie, art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, concluo que as

diferenças encontradas entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito/débito, constantes nas reduções Z do contribuinte, e o valor informado pelas administradoras de cartões indicam que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. A base de cálculo do ICMS é apurada a partir da diferença encontrada nos valores de vendas realizadas quer seja a consumidor final, quer seja a pessoas jurídicas, inferiores aos informados por instituições financeiras ou operadoras de cartões de crédito e débito.

Portanto, o ônus da prova recai sobre o contribuinte, no sentido de que lhe caberia elidir a presunção jûris tantum, mas como destacou o autuante, na informação fiscal, após receber o Relatório Diário Operações TEF e tendo o prazo de defesa de 60 dias, o sujeito passivo não apresentou argumentos capazes de o fazê-lo, nem mesmo até o presente momento.

Desse modo, a comparação das vendas, deve ser feita entre as vendas declaradas pelo contribuinte, pagas por meio de cartão de crédito/débito, com as transações eletrônicas que também foram pagas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

*Em decorrência de o sujeito passivo não ter comprovado a regularidade das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, quando cabe-lhe o ônus da prova, presunção jûris tantum, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a infração em comento fica mantida. **Infração procedente.***

Ressalto que o patrono da empresa requereu que todas as futuras intimações sejam endereçadas a PATRÍCIA FALCÃO, OAB/BA 10.931, com endereço profissional na Rua Espírito Santo nº 106, Ed. Maia Empresarial, 2º andar, Pituba, em Salvador Bahia, ou Rua Boticário Monkorvo, 790, Kalilândia, em Feira de Santana/BA, sob pena de nulidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 6)

Restringe-se a nossa divergência à solução conferida pela Sra. Relatora à infração 06, que trata da omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartões de crédito ou de débito. Constatou-se, no procedimento fiscal, que essas vendas acumuladas nos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECF's) apresentavam valores inferiores aos que foram informados pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito, caracterizando a diferença aritmética omissão de receitas relacionadas a vendas de mercadorias tributadas.

*Observe que na fase de defesa o contribuinte informa que a empresa autuada requereu baixa de sua inscrição estadual e que o seu estabelecimento comercial funcionou até 30/09/2013. A partir de 01/10/2013 passou a funcionar no endereço da autuada a empresa sucessora, **Pereira Borges Fábrica de Confeccções Ltda**, CNPJ nº **07551590/0008-66** e inscrição estadual nº **112054629-NO**.*

Na assentada de julgamento ocorrida em 27 de julho de 2015 este Processo Administrativo Fiscal (PAF) foi encaminhado pelo colegiado da 5ª JJF em diligência junto à ASTEC/CONSEF, considerando a alegação defensiva, apresentada na sustentação oral da impugnante, que o grupo empresarial que administrava os negócios da empresa ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA, resolveu encerrar as atividades comerciais das lojas que operaram sob aquela razão social, junto ao fisco federal e ao fisco estadual, passando essa atividade a funcionar, com os mesmos sócios, porém, através da nova razão social – a empresa sucessora PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA. Essas alterações processadas através de contratos registrados na Junta Comercial do Estado da Bahia teriam sido motivadas em razão da necessidade do empreendimento reduzir a carga tributária dos tributos federais incidentes sobre as suas atividades (fabricação e revenda de mercadorias), mas sem qualquer alteração no montante de ICMS a ser recolhido, em razão do princípio da não cumulatividade do imposto.

Em decorrência dessas alterações efetuadas na estrutura jurídica do empreendimento com encerramento das atividades realizadas sob a razão social da ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA., houve a transferência (circulação física) dos estoques de mercadorias existentes na loja para a empresa sucessora (PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA), através da emissão da NF nº 373 (doc. fl. 06), de 01/10/2013, sem incidência do ICMS, em razão da continuidade das mesmas atividades comerciais na empresa sucessora.

*A ASTEC/CONSEF, através do Parecer Técnico 67/2016, anexado às fls. 549 a 551 dos autos, em resposta aos quesitos formulados no pedido de diligência (fls. 547/548), atestou que as duas empresas (sucieda e sucessora) possuíam os mesmos sócios, os mesmos empregados e houve a continuidade do negócio empresarial no mesmo local, com a inclusão da empresa **Pereira Borges** no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, a partir de 25/09/2013, conforme atesta o documento juntado à fl. 586. A empresa sucessora passou efetivamente a desenvolver as atividades comerciais a partir de 01/10/2013, inclusive promovendo à escrituração das aquisições de mercadorias no livro Registro de Entradas, de acordo com as cópias de fls. 601 a 618 deste PAF.*

Por sua vez a empresa sucieda, ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA, segundo relato da Parecerista da ASTEC, permanece na situação cadastral SUSPENSO/PROC.BXA/INAPTO, desde 18/07/2014,

conforme comprova o documento anexado à fl. 581 dos autos.

Vejamos então as consequências dessa sequência de acontecimentos, na solução da presente lide administrativa.

Observo que a Sra. Relatora ao decidir as questões de mérito deste processo vinculadas aos efeitos da sucessão empresarial nas infrações 01 e 06 do lançamento, proferiu o seguinte voto:

(...)

Infração 01

Da análise dos documentos constantes neste processo administrativo fiscal chego às seguintes conclusões:

A sociedade empresária Água do Mar Confecções Ltda, na qualidade de autuado, inscrição estadual nº 079.948.639, possui endereço na Av. Luis Viana Filho, Shop. Center Paralela, Quadra F, nº 8544, lojas 125/126, Alphaville.

Consoante o INC - Informações cadastrais da SEFAZ/BA, encerrou suas atividades em 09/07/2014. (fl. 581).

A sociedade empresária Pereira Borges Ltda, inscrita no Estado sob o nº 112.054.629, foi incluída no cadastro no dia 25/09/2013, quando teria iniciado as suas atividades, adotando o número de filial 07, no mesmo endereço onde funcionava a Água do Mar, qual seja, Av. Luis Viana Filho, Shop. Center Paralela, lojas 125, 126. Tudo conforme Alteração da Sociedade Empresária, cuja cópia encontra-se na fl. 545 do PAF, assinada em 03/05/2013.

Em 31/10/2013, data do fato gerador da infração, a Água do Mar transferiu seu estoque para a Pereira Borges, quando já então a Pereira Borges funcionava no mesmo endereço, posto que teria iniciado as suas atividades em 25/09/2013, sob o número de filial 07. Portanto, houve continuidade das atividades no mesmo local, comercializando as mesmas mercadorias inventariadas.

Esta conclusão ratifica o Parecer da ASTEC e leva à assertiva de que, ainda que as duas empresas possuem os mesmos sócios, os mesmos empregados e, as atividades tiveram continuidade no mesmo local com os mesmos objetos societários. Tais fatos, por si só, e na forma do Acórdão CJF nº 0018-11/02, da Primeira Câmara caracteriza que a venda do estoque final está relacionada com a transmissão da propriedade do estabelecimento, com a continuidade das suas atividades pelo novo titular, logo não há incidência do ICMS como exigido nesta infração.

Destaco também que este processo tem conexão com o julgado por esta JJF, Acórdão nº 209-05/16, no qual, 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, aquele julgado foi pela improcedência da autuação.

Portanto, diante de todo o exposto, e pelas provas dos autos, julgo improcedente a infração 01.

(...)

*A **infração 06** exige ICMS em razão 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.*

A planilha da Auditoria encontra-se nas fls. 293 a 296, e compreende os exercícios de 2012, e de 2013. O Relatório Diário Operações TEF, anexo às fls. 297 a 509, cujas cópias foram entregues à sociedade empresária autuada.

Desse modo a acusação versa que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas, sem emissão de documentos fiscais, com pagamento por intermédio de cartão de débito e/ou de crédito, conforme informações das Administradoras de Cartão, (Relatório Diário Operações TEF), que foram recebidos pelo sujeito passivo, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02.

Ressalto que por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeira e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução "Z" ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF.

O autuado defende-se da acusação, sob o argumento de que quando ocorreu 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 de Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ 07551590/0008-66, inscrição estadual 112054629-NO, mas como não possuíam as maquinetas de cartão de crédito, utilizou as antigas, que já existiam na referida loja, em nome da empresa sucedida, ou seja da impugnante.

Argumenta que a empresa sucessora fez o recolhimento de ICMS a maior, também nesses mesmos valores e proporções.

Contudo, não obstante tais alegações da defendente, verifico que nenhum documento foi trazido aos autos, para comprova-las, no sentido de que o ICMS relativo a tais vendas, efetuadas por meio de cartões de crédito/débito, teriam sido ofertados ao erário.

Nesta hipótese restaria comprovada a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu.

Desse modo, amparado na legislação aplicável à espécie, art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, concluo que as diferenças encontradas entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito/débito, constantes nas reduções Z do contribuinte, e o valor informado pelas administradoras de cartões indicam que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. A base de cálculo do ICMS é apurada a partir da diferença encontrada nos valores de vendas realizadas quer seja a consumidor final, quer seja a pessoas jurídicas, inferiores aos informados por instituições financeiras ou operadoras de cartões de crédito e débito.

Portanto, o ônus da prova recai sobre o contribuinte, no sentido de que lhe caberia elidir a presunção jûris tantum, mas como destacou o autuante, na informação fiscal, após receber o Relatório Diário Operações TEF e tendo o prazo de defesa de 60 dias, o sujeito passivo não apresentou argumentos capazes de o fazê-lo, nem mesmo até o presente momento.

Desse modo, a comparação das vendas, deve ser feita entre as vendas declaradas pelo contribuinte, pagas por meio de cartão de crédito/débito, com as transações eletrônicas que também foram pagas por meio de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.

*Em decorrência de o sujeito passivo não ter comprovado a regularidade das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, quando cabe-lhe o ônus da prova, presunção jûris tantum, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a infração em comento fica mantida. **Infração procedente.***

Os efeitos jurídicos e materiais da sucessão empresarial no tocante à infração 01, foram admitidos no voto da Sra. relatora, inclusive no que se refere à transferência dos estoques de mercadorias para fins de comercialização da empresa sucessora, via nota fiscal (doc. fl. 06), com a declaração de improcedência da autuação no que pertine àquela ocorrência, verificada em 01/10/2013.

Porém, aqueles mesmos efeitos jurídicos e materiais no que se refere à infração 06 não foram admitidos com base no argumento de que a defesa não trouxe aos autos elementos probatórios suficientes para comprovar que ICMS incidente sobre as vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/crédito nos TEFs diários

teriam sido ofertados ao erário estadual.

Diante da juntada pela defesa, às fls. 633 a 659 deste PAF, por amostragem, de cópias boletos de cartão de crédito/débito e de cupons fiscais emitidos com CNPJ nº 34.431.213/0009/47, vinculado à empresa ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA, com data posterior a 01/10/2013, quando já havia se operado a sucessão empresarial com a correspondente transferência dos estoques para a empresa PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, entendemos que seria conveniente e adequado que o processo administrativo fiscal fosse novamente convertido em diligência para a análise do teor dos documentos anexados na petição defensiva, datada de 20/09/2016 (fl. 632), inclusive com a ampliação da amostra trazida pelo sujeito passivo. Esse entendimento decorreu do fato de que a sucessão empresarial efetivamente ocorreu, produzindo efeitos a partir de 01/10/2013, conforme restou comprovado nos autos, inclusive com o pronunciamento da ASTEC. O roteiro de auditoria de cartão de crédito teria que levar em conta essa circunstância, para abarcar as operações promovidas pela sucessora a partir de 01/10/2013.

*Ocorre que tendo sido vencido na proposição da remessa dos autos para nova diligência, e observando que sobre os documentos juntados às fls. 633 a 659, não houve qualquer abordagem no voto Sra. Relatora, para admiti-los ou não como prova capaz de elidir ainda que parcialmente a infração 06, optamos em votar pela **NULIDADE** dessa ocorrência, em relação aos fatos geradores verificados a partir de 1º de outubro de 2013. A fiscalização teria que levar em consideração, na aplicação do roteiro de auditoria, os documentos fiscais emitidos pela empresa sucessora (PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA) cuja modalidade de pagamento tivesse sido efetuada através de cartões de crédito ou débito, sob pena do lançamento fiscal não espelhar com fidedignidade os fatos verificados após a sucessão empresarial, com evidente distorção na apuração do imposto.*

*Em decorrência, conforme já alinhado acima, nosso voto é pela **NULIDADE** da ocorrência verificada em 31/10/2013, no valor principal de R\$10.128,99, com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, visto que o lançamento fiscal para aquele fato gerador não apresentou elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo.*

Em relação às demais ocorrências da infração 06 (fatos geradores anteriores a 01/10/13) e no tocante às infrações 01, 02, 03, 04 e 05 acompanho, na íntegra, o voto proferido pela Sra. Relatora.”

A 5ª JJF recorreu de ofício da referida Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 696 a 710), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual disse que sua Defesa se concentrou em refutar apenas as Infrações 01, 03 e 06, tendo a Decisão recorrida acatado as suas alegações somente no que tange às Infrações 01 e 03, devendo a mesma ser reformada porquanto os lançamentos promovidos na Infração 06 são nulos ou improcedentes.

Afirmou que a análise da pertinência ou não da Infração 06 deve ser realizada de forma conjugada ao resultado do julgamento relativamente à Infração 01, que versa sobre o reconhecimento da sucessão empresarial que sustentou, pois somente funcionou comercialmente até 30/09/2013, e a partir de 01/10/2013 a empresa sucessora passou a funcionar no mesmo local, com a mesma atividade empresarial e com os mesmos sócios e empregados.

Alegou que o reconhecimento da sucessão empresarial tem impactos diretos na Infração 06, com reflexos se não em todos, especialmente, nos fatos geradores posteriores à data da sucessão, ou seja, a partir de 01/10/2013.

Aduziu que o posicionamento das Juntas de Julgamento e Câmaras de Julgamento do CONSEF, cujas ementas transcreveu, todas extraídas de processos administrativos fiscais em que figura como parte, tem sido favorável à tese sustentada.

Asseverou que as datas de ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária supostamente descumprida devem ser divididas em períodos de apuração anteriores e posteriores à data da sucessão empresarial reconhecida que elidiu a Infração 01, a julgando improcedente, sendo que a partir de 01/10/2013 o sujeito passivo direto da obrigação tributária passou a ser a empresa sucessora, responsável pelo pagamento do ICMS sobre as vendas das mercadorias que lhe foram transferidas mediante a Nota Fiscal nº 373.

Acrescentou que, como já esclarecido nos autos, a sucessora utilizou apenas máquinas credenciadas pelas administradoras de cartões da sucedida, e assim mesmo somente enquanto a

transferência das titularidades era formalizada, pois não existindo solução de continuidade nas atividades comerciais, não poderia a sucessora ser paralisada enquanto as administradoras de cartões adotavam as medidas cabíveis.

Destacou que foi neste sentido o posicionamento externado pelo voto divergente ao Acórdão ora recorrido, cujos trechos que transcreveu parcialmente são pertinentes para a confirmação, se não da improcedência, ao menos da nulidade da Infração 06, relativamente à ocorrência verificada em 31/10/2013, haja vista que para aquele fato gerador não foram apresentados elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada e também o sujeito passivo legítimo, que seria a sucessora, a empresa PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ nº 07.551.590/0006-02.

Defendeu que, quanto aos fatos geradores anteriores à sucessão, deve ser aplicável o quanto disciplinado relativamente à responsabilidade tributária pelo Art. 133 do Código Tributário Nacional, que transcreveu:

“Art. 133 - A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Aduziu que, com a leitura do referido artigo, entende que o adquirente responderá pelos tributos relativos ao estabelecimento adquirido de forma integral, se o alienante cessar a exploração da atividade que vinha executando e não passar a explorar outra atividade, respondendo sozinho e não havendo obrigação por parte do alienante, hipótese que falou ter ocorrido para os fatos ocorridos anteriores a outubro de 2013.

Argumentou que, tendo sido reconhecida a sucessão empresarial, tudo aquilo que ocorreu até a data do ato, é de responsabilidade da empresa sucessora, ou seja, a pessoa jurídica de direito privado que adquiriu de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuou a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, no caso a empresa PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ nº 07.551.590/0006-02, devendo os lançamentos relativos aos períodos anteriores a 31/10/2013 serem julgados nulos, haja vista que para aqueles fatos geradores não foram apresentados elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada e também o sujeito passivo (responsável) legítimo.

Requeru que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para reformar o Acórdão recorrido, de forma que os lançamentos promovidos na Infração 06 sejam julgados nulos ou improcedentes.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício quanto ao julgamento pela improcedência das Infrações 01 e 03, nas quais o Autuado foi acusado de não ter recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, e pela procedência parcial da Infração 04, na qual foi exigida multa pela falta de registro de notas fiscais de aquisições de mercadorias tributadas, bem como de Recurso Voluntário contra o julgamento pela procedência da Infração 06, lavrada para exigir imposto e multa pela omissão de saídas 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 ou de débito.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$374.462,17, conforme extrato

(fl. 689), montante superior ao valor de R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

A desoneração relativa à Infração 01 é decorrente da Decisão de piso ter acolhido o argumento do Autuado de que as operações não possuíam a incidência do ICMS, em razão de se referir à transferência do estoque em sucessão empresarial.

Esta matéria já foi objeto de análise por esta 2ª CJF em pelo menos duas oportunidades em relação a outros estabelecimentos do próprio Autuado, quando foram julgados favoravelmente à tese do Autuado, mediante os Acórdãos CJF nº 0300-12/17 e 0098-12/18, cujo voto deste último transcrevo a seguir:

“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 Confeções Esportivas Ltda., ora autuada, para a sucessora Pereira Borges Fábrica de Confeções 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 impropriedade.

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 está 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 impropriedade.

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

Mantida a Decisão recorrida.

Também não deve prosperar o Recurso de Ofício em relação à Infração 03, cuja desoneração é decorrente de se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do Autuado situados no Estado da Bahia, cuja não incidência do imposto já tem entendimento firmado pelo Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, conforme abaixo:

“5. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0

Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”

Ressalto ainda que o voto transcrito acima do Acórdão CJF nº 0098-12/18, em sua Infração 02, está em consonância com a manutenção da Decisão recorrida.

No tocante à Infração 04, a multa prevista no inciso IX do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi alterada pelas Leis nº 13.461/15 e 13.816/17, cujo percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%, conforme transcrito abaixo:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

Por se tratar de multa, conforme disposto no Art. 106, II, “c”, do CTN, é cabível a aplicação da sua retroatividade benigna prevista no referido dispositivo legal, *in verbis*:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

Portanto, foi aplicada de ofício a redução da multa promovida pela Lei nº 13.461/15, diminuindo o percentual da multa aplicada de 10% para 1% do valor comercial das mercadorias não registradas, com base na retroatividade benigna, sendo reduzido o valor da Infração 04 de R\$2.992,62 para R\$299,26, procedimento que reputo correto.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, manejado apenas em relação à Infração 06, entendo que, reconhecida a sucessão empresarial, conforme já explicitada na análise da Infração 01, já aqui ratificada, não há como não serem analisadas de forma apartada as operações realizadas após 01/10/2013, tendo sido utilizadas as máquinas de cartão de crédito e de débito da empresa sucedida como meio de pagamento para as vendas realizadas pela empresa sucessora.

Este é o sentido do Voto Divergente na Decisão ora recorrida, transcrito no Relatório acima, ao qual me socorro para opinar pela nulidade do lançamento relativo à ocorrência de 31/10/2013, mantendo a Decisão recorrida em relação aos demais períodos em que não havia a sucessão.

Não há como avançar pelo mérito em relação às operações ocorridas no mês de outubro de 2013, pois não consta nos autos todos os elementos para se ter segurança sobre a quantificação da infração, já que, conforme afirmado pelo Autuado, as operações foram tributadas nas notas fiscais emitidas pela sucessora, no caso a empresa PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ nº 07.551.590/0006-02.

Saliento que o disposto no Art. 133, I, do CTN, não se amolda ao caso em tela, tendo em vista que, conforme demonstrado nos autos, não houve uma aquisição de uma empresa por outra, mas apenas a mudança da sua razão social, permanecendo a empresa com os mesmos sócios.

Não há como se efetuar uma aquisição estando nos dois polos da relação obrigacional as mesmas pessoas físicas e/ou jurídicas, o que caracterizaria o instituto da confusão, disciplinado pelos Arts. 381 a 384 do novel Código Civil, a Lei nº 10.406/02.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, apenas para afastar a incidência da ocorrência de 31/10/2013 da Infração 06, em razão de nulidade formal, conforme o demonstrativo abaixo:

| Infração | Vlr Auto de Infração | Valor 5ª JJF | Valor 2ª CJF | Multa | Resultado |
|--------------|----------------------|------------------|------------------|-------|---------------------|
| 1 | 128.281,60 | - | - | - | IMPROCEDENTE |
| 2 | 9.171,79 | 9.171,79 | 9.171,79 | - | PROCEDENTE |
| 3 | 26.337,52 | - | - | - | IMPROCEDENTE |
| 4 | 2.992,62 | 299,26 | 299,26 | - | PROCEDENTE EM PARTE |
| 5 | 37,70 | 37,70 | 37,70 | - | PROCEDENTE |
| 6 | 13.629,91 | 13.629,91 | 3.500,92 | 100% | PROCEDENTE EM PARTE |
| Total | 180.451,14 | 23.138,66 | 13.009,67 | | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233048.0038/14-9**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.500,92**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de

R\$336,96, e da multa percentual no valor de **R\$9.171,79**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI e II, “d” do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS