

PROCESSO - A. I. Nº 147074.0005/14-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO)
RECORRIDOS - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0042-05/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0342-11/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 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. 2. OMISSÃO DE SAÍDA. VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. VALOR INFERIOR FORNECIDO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA/ADMINISTRADORA. Como a empresa sucedida não prosseguiu na atividade comercial, a responsabilidade pelo tributo lançado é exclusiva do adquirente, somente havendo possibilidade de lhe ser exigido o tributo, sobre tais operações, se se mantivesse em atividade, nos termos do art. 133, incisos I e II do CTN. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 5ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0042-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 147074.0005/14-8, lavrado em 30/06/2014, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$138.431,35, relativos a seis infrações distintas, sendo objeto dos presentes recursos as infrações 01, 02, e 04, a seguir especificadas.

INFRAÇÃO 1 (02.01.02) – Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, foram efetuadas vendas para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., I.E. nº 112.084.061 no dia 01/10/2013 no valor de R\$578.082,16 sem destaque do ICMS, sendo justificado na nota fiscal, no campo informações como “operação não incidente do imposto”, art. 3º XI, da Lei nº 7.014/96, sendo lançado o valor de R\$89.744,85 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, sendo lançado o valor de R\$25.801,54, acrescido das multas de 60%.

...

INFRAÇÃO 4 (05.08.01) – 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, sendo lançado R\$13.454,01, acrescido da multa de 100%.

...

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 08/03/2018 (fls. 667 a 673) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O impugnante pede a nulidade do lançamento, simplesmente por discordar de alguns itens, quando até reconhece os valores como devidos nas infrações 3 e 6. Não foi apresentado qualquer argumento que possa de fato ensejar uma nulidade formal ou material do Auto de Infração. Denego a preliminar de nulidade.

Quanto ao pedido de diligência, esta foi efetuada, dentro das necessidades inerentes aos esclarecimentos das dúvidas suscitadas por este julgador, restando tão somente a apreciação da lide.

A primeira infração, pela suscitada venda de mercadorias foi devidamente esclarecida em diligência, quando se comprovou que os nomes dos sócios das duas empresas, sucedida e sucessora são os mesmos, que os funcionários de ambas também coincidem, e que o estoque apresentado refere-se ao anexo da Nota Fiscal nº 316 de R\$582.082,16. Tal infração ocorreu em inúmeras inscrições em outros processos em trâmite ou já julgados no âmbito deste Conselho de Fazenda, conforme histórico de julgamentos abaixo transcritos:

Tomemos como exemplo, o Acórdão JF Nº 0055-01/17, em que o Relator Rubens Moutinho, assim fulminou a infração idêntica e envolvendo 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 de Fazenda 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 PROVIDO. 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, contudo faço a ressalva, não se aplica às operações interestaduais, por conta da Lei Complementar nº 87/96. No caso em lide, transferências internas, entendendo ser aplicável.

Acresce o fato de que a Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento no Incidente de Uniformização PGE Nº 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 foi reconhecida e não faz parte da lide. Infração 3 procedente.

A infração 4 decorreu da omissão de saída de mercadorias tributadas, 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 o equipamento no início do mês e precisava efetuar vendas, e que por conta disto a empresa sucessora teria efetuado o recolhimento.

Foi pedido 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.

Às fls. 605/637, o impugnante apresentou algumas cópias de vias do estabelecimento das vendas efetuadas, sem, contudo fazer qualquer correlação com a emissão do cupom fiscal correspondente em data e valor, conforme solicitado na diligência. A simples apresentação da via emitida na venda com o cartão de crédito não produz qualquer prova em favor do impugnante, mas tão somente comprova que as vendas foram efetuadas e não houve comprovação da emissão do cupom fiscal, pois para elidir o lançamento se requer a prova da correspondente emissão do cupom fiscal e isto não foi feito.

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 4 procedente.

Na infração 5, 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, conforme demonstrativo de fls. 56/59 pela compra de calçados.

O Impugnante se defendeu como se tratasse de antecipação parcial, e justifica que se trata de mercadorias que são insumos e por isso deixou de ser paga a antecipação parcial, mas em verdade tal item nem faz parte da lide, apenas a multa decorrente de parcela não paga (item 6), mas que foi reconhecida.

No caso presente, trata-se de antecipação total por substituição tributária (calçados) e não antecipação parcial como defendeu o impugnante. Infração 5 procedente.

A infração 6 foi reconhecida pelo impugnante. Infração 6 procedente.

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	89.744,85	0,00	-----	IMPROCEDENTE
02	25.801,54	0,00	-----	IMPROCEDENTE
03	207,46	207,46	60%	PROCEDENTE
04	13.454,01	13.454,01	100%	PROCEDENTE
05	4.059,08	4.059,08	60%	PROCEDENTE
06	5.164,41	5.164,41	-----	PROCEDENTE
Total	138.431,35	22.884,96		

A 5ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 684 a 700, mediante o qual ataca a decisão de piso naquilo que se refere à Infração 04, aduzindo as seguintes alegações.

Afirma que, para a presente peça recursal, merece concentração os argumentos e razões externadas na defesa e no acórdão ora recorrido, especialmente no que concernente às infrações 01 e 04 do Auto e infração 147074.0005/14-8. Explica que a defesa oportunamente apresentada refutou as supostas acusações atinentes às infrações 01 e 04 do Auto de Infração 147074.0005/14-8. No entanto, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal acatou as alegações da Recorrente no que tange à infração 01, julgando-a Improcedente. No entanto, no que se refere à infração 04, não acatou os argumentos tecidos na peça defensiva apresentada, mantendo integralmente a exigência, razão pela qual a Decisão recorrida deve ser reformada haja vista a improcedência do Auto de Infração lavrado.

Quanto à Infração 04, ressalta que a análise da sua pertinência, ou não, deve ser realizada de forma conjugada ao resultado do julgamento relativamente à Infração 01 (02.01.02), que versa sobre o reconhecimento da sucessão empresarial sustentada pela Recorrente, pois, desde a peça inicial defensiva, relata que requereu a baixa de sua inscrição estadual, tendo em vista que somente funcionaria comercialmente até 30.09.2013 e que neste mesmo estabelecimento da Recorrente, a partir de 01.10.2013 passou a funcionar a empresa sucessora PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ 07.551.590/0005-13, Inscrição Estadual 112.054.061, exercendo a mesma atividade empresarial da sucedida. Informa que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF reconheceu a existência de sucessão empresarial sustentada pela ora Recorrente e elidiu a infração 01 (02.01.02), julgando-a, portanto, improcedente.

Explica que o reconhecimento da sucessão empresarial tem impactos diretos na infração 04 (05.08.01), com reflexos se não em todos, especialmente, nos fatos geradores posteriores à data da sucessão, ou seja, a partir de 01.10.2013. Traz, à cola, julgados de Juntas e Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, para demonstrar que a figura da sucessão empresarial já foi objeto de

apreciação em outros Auto de Infrações (que analisaram este mesmo fato), tendo os órgãos julgadores adotado entendimentos favoráveis à tese sustentada pela Empresa sucedida.

No caso em tela, afirma que a sucessão empresarial foi reconhecida, já que as duas empresas (Recorrente sucedida e Sucessora) possuem os mesmos sócios, os mesmos empregados e houve continuidade do negócio empresarial no mesmo local, com a inclusão da empresa adquirente sucessora no cadastro do ICMS do Estado da Bahia. Relata que a empresa Sucessora passou efetivamente a desenvolver as atividades comerciais a partir de 01/10/2013, inclusive promovendo a escrituração de mercadorias no livro de Registro de Entradas. A Recorrente sucedida deixou de exercer as suas atividades.

Assim, conclui que, para análise da pertinência ou não da autuação, é necessário se considerar a data de ocorrência de cada fato gerador da obrigação tributária objeto da cobrança constante na infração 04 (05.08.01) do Auto de Infração nº 147074.0005/14-8.

Nesse sentido, explica que as datas de ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, supostamente descumprida, devem ser divididos em períodos de apuração, anteriores e posteriores à data da sucessão empresarial reconhecida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF que elidiu a infração 01 (02.01.02), julgada, portanto, Improcedente. Anexa quadro ilustrativo, à folha 691.

Argumenta que, reconhecida a sucessão empresarial, não devem pairar dúvidas de que as cobranças, relativamente a períodos a partir de outubro/2013, devem ser julgadas improcedentes, ou, se assim não for entendido, devem ser julgadas nulas, pois, a partir de outubro/2013, o sujeito passivo e contribuinte da obrigação tributária passa a ser a empresa Sucessora, no caso, a PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA., CNPJ 07.551.590/0005-13, Inscrição Estadual 112.054.061. Para os períodos posteriores à data da sucessão empresarial, ou seja, a partir de 1º de outubro de 2013, em substituição (sucessão) à Recorrente Autuada, afirma que a empresa PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA, CNPJ 07.551.590/0005-13, Inscrição Estadual 112.054.061, é a pessoa jurídica que se encontra em atividade no mesmo estabelecimento da sucedida, sendo, então, o sujeito passivo direto da obrigação tributária, responsável pelo pagamento do ICMS sobre as vendas das mercadorias que lhes foram transferidas através da Nota Fiscal nº 316.

Explica 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. Não existindo solução de continuidade nas atividades comerciais, não poderia a sucessora ser paralisada enquanto as administradoras de cartões adotavam as medidas cabíveis. Destaca, aliás, que a ausência de interrupção das atividades é mais um elemento que caracteriza a sucessão reconhecida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Assevera que, no caso, o sujeito passivo e contribuinte da obrigação tributária é a pessoa jurídica sucessora, e, dela, também, a responsabilidade tributária. E, como argumentado e sustentado desde a defesa, ela (sucessora) recolheu o ICMS das operações acima mencionadas e, a fiscalização a ela deveria ter sido dirigida.

Transcreve decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0030-12/17) que, apreciando matéria de idêntica natureza, Negou Provedimento ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, favorável à empresa.

Explica que, em sentido idêntico, já houve posicionamento externado pelo voto divergente do Ilmo. Sr. TOLSTOI SEARA NOLASCO, Presidente da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (no julgamento do AI 233048.0038/14-9), cujo conteúdo (parcialmente transcrito) é pertinente para a confirmação, se não da improcedência, ao menos da nulidade da infração 04.

Conclui, portanto, que, quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de outubro/2013, o lançamento fiscal deveria ter sido feito já diretamente para PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA., CNPJ 07.551.590/0005-13, Inscrição Estadual nº 112.054.061. Por isso, se não

considerado improcedente, o lançamento relativamente à ocorrência verificada em 31/10/2013, deve ser julgado nulo haja vista que, para aquele fato gerador, não apresentou elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada e também o sujeito passivo legítimo.

Já quanto aos fatos geradores anteriores à sucessão, requer que seja aplicável o quanto disciplinado relativamente à responsabilidade tributária pelo o artigo 133 do Código Tributário Nacional que assim dispõe sobre a sucessão comercial, cujo texto reproduz.

Argumenta que as normas contidas no artigo 133 do Código Tributário Nacional abrangem praticamente todas as atividades comerciais. Isto significa que, para haver o fenômeno da responsabilidade tributária, deverá existir a exploração da mesma atividade econômica pelo adquirente, caso contrário, não há que se falar em sucessão tributária.

Defende que, de acordo com a leitura do artigo 133 citado, entende-se que o adquirente responderá pelos tributos relativos ao estabelecimento adquirido se o alienante cessar a exploração da atividade que vinha executando e não passar a explorar outra atividade. Na hipótese do inciso I, a responsabilidade do adquirente é integral, respondendo sozinho e não havendo obrigação por parte do alienante.

Assevera que essa é a hipótese que ocorreu no presente caso para os fatos ocorridos anteriores a outubro/2013. Aqui, defende, aplica-se o entendimento e se configura a hipótese da responsabilidade tributária em sentido estrito. Explica que o responsável em sentido estrito ou simplesmente responsável é expressão que faz referência “a uma pessoa que não realizou a situação descrita na norma impositiva”, mas à qual é atribuído o “dever de efetuar a prestação” .

Considerando-se o reconhecimento da sucessão empresarial, sustenta que, tudo aquilo que ocorreu até a data do ato (até 30.09.2013), 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 responde integralmente pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.

Conclui, portanto, também quanto aos fatos geradores ocorridos até setembro/2013, relativamente à infração 04 (05.08.01), o lançamento fiscal deveria ter sido feito já diretamente para a PEREIRA BORGES FÁBRICA DE CONFECÇÕES LTDA., CNPJ 07.551.590/0005-13, Inscrição Estadual 112.054.061 (o Auto de Infração foi lavrado em julho/2014), por isso, se não considerado improcedente, o lançamento, relativamente à ocorrência verificada em períodos anteriores a 31/10/2013, deve ser julgado nulo haja vista que, para aquele fato gerador, não apresentou elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada e também o sujeito passivo (responsável) legítimo.

Entende que os lançamentos promovidos de ofício através da lavratura do Auto de Infração nº 147074.0005/14-8, infração 04 (05.08.01), não são legítimos, e por consequência, as infrações imputadas devem ser reconhecidas como nulas ou improcedentes.

Por fim, por todo o exposto, requer que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para reformar o Acórdão JJF nº 0042-05/18 – 5ª Junta de Julgamento Fiscal - e para que os lançamentos promovidos de ofício, segundo a Infração 04 (05.08.01) do Auto de Infração nº 147074.0005/14-8, sejam julgados NULOS ou IMPROCEDENTES.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF Nº 0042-05/18) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$138.431,35 para o montante de R\$22.884,96, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso, à luz da legislação

vigente à época do julgamento, dia 08/03/2018 .

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do valor lançado decorreu da decretação da Improcedência das infrações 01 e 02, sendo este o objeto do presente recurso.

Na Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios*”. Consta, ainda, que a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., I.E. nº 112.084.061, no dia 01/10/2013 no valor de R\$578.082,16 sem destaque do ICMS de R\$89.744,85, tendo justificado a sua conduta com a alegação de que se trata de operação com não incidência do imposto, art. 3º, inciso XI da Lei nº 7.014/96.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as operações se referem a transferência de estoques entre a empresa sucedida e a empresa sucessora, hipótese em que a legislação prevê a não incidência do imposto. Acostou documentação comprobatória às folhas 531/537.

Baixado o feito em diligência, à ASTEC, o preposto fiscal constatou que, efetivamente, ocorreu a sucessão empresarial entre as empresas citadas.

A 5ª JF acolheu os argumentos defensivos, entendendo que não há incidência do ICMS sobre a operação autuada. Julgou Improcedente a Infração 01.

Examinando os autos, noto que a operação em análise decorreu, efetivamente, da formalização de transferência dos estoques da empresa Autuada, Água do Mar Confeções esportivas, para a empresa sucessora, Pereira Borges Fábrica de Confeções Ltda., que passou a operar no mesmo endereço da empresa sucedida, cujas atividades cessaram em outubro de 2013.

Tal fato, inclusive, já foi objeto de apreciação por este CONSEF, no Acórdão JF Nº 0046-01/17, da relatoria de José Raimundo Conceição, que julgou Improcedente acusação fiscal idêntica, envolvendo outra unidade do mesmo contribuinte. Na oportunidade, a 1ª JF acolheu as provas de ocorrência da sucessão empresarial, conforme ementa abaixo reproduzida.

“EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O autuado faz prova da ocorrência de sucessão empresarial, apta a provocar a não incidência do ICMS, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Infração descaracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.”

A segunda instância deste Conselho de Fazenda manteve o julgado acima, mediante o Acórdão 0300-12/17, conforme ementa abaixo:

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 PROVIDO. Decisão unânime.

Assim, considerando que restou provada a sucessão empresarial, a emissão de nota fiscal para operacionalizar a transferência de estoques não enseja o recolhimento do ICMS, por força do quanto disposto no art. 3º, inciso IV, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

*...
XI - operações internas de qualquer natureza decorrentes da transferência da propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo a continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transmissão:*

*...
b) em caso de sucessão “inter vivos”, tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão;
...”*

Mantida, portanto, a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “*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, ...”.

A 5ª Jf julgou a infração Improcedente, pois entendeu que não incide o ICMS sobre as operações internas de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa.

Examinando os autos, noto tratar-se, efetivamente, de operações internas de transferência, entre estabelecimentos da empresa autuada, codificadas com o CFOP 5.152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), conforme se pode constatar pelo exame das cópias do seu Livro Registro de Apuração do ICMS, anexadas ao processo.

Ora, tratando-se de transferências internas deve-se reconhecer a incidência da Súmula 166, cujo enunciado reproduzo abaixo.

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Esse é o entendimento da PGE/PROFIS, conforme Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado é o seguinte:

“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”

Assim, não merece reparo a Decisão recorrida.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo ataca a decisão de piso naquilo que se refere à Infração 04, sendo este o objeto do presente recurso.

Na Infração 04, a conduta autuada foi descrita como *“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 Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado que as vendas ocorridas após o dia 01/10/2013 foram pagas pela empresa que lhe sucedeu, a qual continuou a utilizar as maquinetas de cartões de crédito antigas, existentes na loja, já que ainda não possuía máquinas em seu nome.

Examinando os autos, nota-se que há provas, no processo, de que a empresa sucessora continuou a explorar a atividade empresarial, até então desenvolvida pela empresa autuada, que cessou as suas atividades, conforme cópias dos contratos sociais às folhas 531/535. Tal fato foi, inclusive, atestado por preposto da ASTEC, que teve oportunidade de constatar a permanência dos mesmos empregados da empresa sucedida.

Ora, se a empresa sucedida deixou de existir, fisicamente, a partir de outubro de 2013, necessário se faz que a fiscalização compare o valor informado pelas administradoras de cartão de crédito com o valor declarado pela empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., que foi quem permaneceu explorando a atividade, conforme atestam as provas dos autos, devidamente chancelada pela diligência realizada.

Ademais, como a empresa sucedida não prosseguiu na atividade comercial, a responsabilidade pelo tributo lançado é exclusiva do adquirente, somente havendo possibilidade de lhe ser exigido o tributo sobre tais operações se se mantivesse em atividade, nos termos do art. 133, incisos I e II do CTN, abaixo reproduzidos.

“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 à 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 seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou

profissão (grifos acrescidos).
...”

Assim, entendo que a empresa autuada não possui legitimidade para responder pelo tributo lançado, sendo forçoso admitir que é improcedente a exigência fiscal contida na Infração 04.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, ao tempo em que dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reduzir o valor lançado, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %
1	R\$ -	R\$ -	-
2	R\$ -	R\$ -	-
3	R\$ 207,46	R\$ -	60%
4	R\$ -	R\$ -	-
5	R\$ 4.059,08	R\$ -	60%
6	R\$ -	R\$ 5.164,41	-
TOTAL	R\$ 4.266,54	R\$ 5.164,41	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147074.0005/14-8, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (MAHALO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$4.266,54**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$5.164,41**, prevista no inciso II, “d” do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS