

PROCESSO	- A. I. N° 130609.0171/14-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0340-11/15
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 16/03/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0010-11/20

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para excluir os débitos relativos às infrações 1 e 4 do lançamento de ofício, por restar comprovada as improcedências das mesmas, eis que, nos termos do art. 133 do CTN, é forçoso reconhecer a sucessão da autuada pela sucessora diante do conjunto probatório, a exemplo de que elas têm em comum: sócios, funcionários, endereços e ramos de atividade. Assim, a operação de mercadorias entre elas não se sujeita ao ICMS, nos termos do art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96, sendo *improcedente a infração 1*. Quanto à infração 4, tratam-se de operações de transferência interna entre filiais na Bahia, sendo improcedente a exação já que não possui qualquer relevância econômica, por conta do mecanismo da não-cumulatividade, conforme entendimento já consolidado no âmbito da SEFAZ e ínsito no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 436 a 438 dos autos, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr.ª Leila Von Söhsten Ramalho, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação a fim de que sejam excluídos da autuação os débitos relativos às infrações 1 e 4 do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$155.338,48, tendo as referidas infrações as seguintes acusações:

*Infração 01 – Deixou de recolher, no prazo regulamentar, referente a mercadorias não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no mês de outubro/2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$133.399,05, acrescido da multa de 100%.*

*Consta que a empresa efetuou vendas de mercadorias tributadas para a empresa Pereira Borges Fábrica de Confecções Ltda., CNPJ 07551590/0009-47, Inscrição Estadual 112054845, no dia 01/10/13, no valor de R\$784.700,33, sem destaque do ICMS de R\$133.399,05, sob o incabível fundamento, no campo Informações Complementares da nota fiscal, do disposto no art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96 (não incidência do ICMS). Não obstante o alegado pelo contribuinte, não se caracteriza a não incidência, visto que a empresa continuou ativa e em funcionamento, em paralelo com outra empresa legalmente constituída, funcionando no mesmo local, conforme informações do sistema da SEFAZ/BA, corroboradas pelas informações obtidas do Condomínio Civil Center Lapa.*

*Infração 04 – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$12.943,82 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março, maio, junho, agosto e setembro de 2012, abril, maio, julho e agosto de 2013, uma vez que deixou de escriturar o ICMS, relativo as transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto, apurado mediante Auditoria de Transferências, tendo-se efetuado levantamento mensais de débitos e de créditos, conforme demonstrativos.*

A Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0340-11/15, foi por Não Prover o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida da JJJ que julgou Procedente o Auto de Infração, tendo o sujeito passivo apresentado Pedido de Controle de

Legalidade para a PGE/PROFIS, nos termos constantes na manifestação às fls. 256 a 264 dos autos, para julgar improcedente a infração 1, e, posteriormente, às fls. 409 dos autos, ratificar o pleito e pedir a inclusão da infração 4 na respectiva análise, no sentido de que seja feita Representação ao CONSEF pela improcedência dos itens 1 e 4 do Auto de Infração.

Às fls. 436/438 dos autos, a i. Procuradora, Dr.<sup>a</sup> Leila Von Söhsten Ramalho, aduz que o contribuinte argumenta, ao longo do processo administrativo e também no Pedido de Controle de Legalidade, que a operação a que se refere a infração 1 não consistiu numa “venda”, como ali equivocadamente considerado, correspondendo, na verdade, a uma transferência de estoque à empresa sucessora, sobre a qual não incide o ICMS. Já o Fisco, entendeu que a alegada sucessão empresarial não teria restado demonstrada, deixando o contribuinte de apresentar os documentos necessários a atestá-la, mormente o seu instrumento formal devidamente averbado em registro, na forma do art. 1.144 do Código Civil.

Contudo, segundo a dnota Procuradora, assim não lhe parece, pois é certo que o Direito Tributário não desconhece e nem olvida de atribuir consequência jurídica àquelas situações de fato que, conquanto não formalmente constituídas como sucessão, ostentam os requisitos substanciais aptos a caracterizá-la, tanto é que exsurge claro do art. 133 do CTN, que para fins de responsabilização da empresa sucessora pelos débitos da sucedida, considera configurada a sucessão, independentemente de qualquer formalização, pela simples demonstração de aquisição, “*a qualquer título*”, de fundo de comércio ou estabelecimento, aliada à continuidade da atividade por parte da sucessora, “*sob a mesma ou outra razão social*”, do que cita doutrina e jurisprudência.

Assentada tal premissa, sustenta que há de se reconhecer ter restado demonstrada, no presente caso, a sucessão empresarial alegada, visto que, consoante se dessume do substrato probatório do feito, a autuada Água do Mar e a Pereira Borges têm em comum o mesmo endereço, os mesmos sócios, os mesmos funcionários (fls. 152/154), o mesmo ramo de atividade e o mesmo nome de fantasia.

Prossegue salientando que, além disso, a cronologia dos fatos corrobora a ocorrência de sucessão, visto que: a empresa Pereira Borges foi incluída no Cadastro de Contribuintes do ICMS em 25/09/2013; somente após tal inclusão, deu-se, em 01/10/2013, a emissão da nota fiscal pela Água do Mar para a Pereira Borges, relativamente à transferência a seu estoque; o primeiro recolhimento da Pereira Borges ocorreu justamente em novembro/2013, referente ao mês de outubro, exatamente quando se deu a entrada das mercadorias atinentes à nota fiscal citada; o último recolhimento da Água do Mar se deu em novembro/2013, e atualmente tal empresa encontra-se baixada, conforme pedido de baixa em 20/08/2014, evidenciando, assim, a ocorrência da aduzida sucessão entre as empresas em questão e, em consequência, não resta dúvida de que a operação de transferência de mercadorias entre elas, na forma do art. 3º, XI da Lei nº 7.014/96, não se sujeita ao ICMS, sendo, por isso, improcedente a infração 1, conforme posicionamento mais recente do CONSEF, como se constata dos julgados, anexos às fls. 439/457 dos autos, relativos a outros autos de infração idênticos lavrados contra o mesmo contribuinte.

No que tange à infração 4, salienta a dnota Procuradora que o autuado, suscitando a aplicação do entendimento exarado pela PGE no Procedimento de uniformização PGE2016.269506-0, pleiteia o reconhecimento de sua improcedência.

Ressalta que também assiste razão ao contribuinte, pois, de fato, a PROFIS, considerando que a jurisprudência pátria consolidou o entendimento, espelhado na Súmula nº 166 do STJ e no julgamento do REsp nº 1.125.133-SP, no sentido de não haver incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos de um mesmo titular, aprovou Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica autorizando os Procuradores do Estado a reconhecerem a procedência do pedido e absterem-se de recorrer em tais casos, em diretriz chancelada pelo Procurador Geral do Estado, que, inclusive, atribuiu-lhe caráter sistemático. Assim, enquadrada a referida infração 4 exatamente no figurino a que alude o citado Procedimento, outro não pode ser o posicionamento da PGE, senão o de pugnar pelo seu cancelamento.

Em sendo assim, com fulcro no art. 113, §5º, I do RPAF e no art. 119 do COTEB, promove a

presente Representação ao CONSEF, a fim de que sejam excluídos da autuação os débitos relativos às infrações 1 e 4.

Às fls. 460 dos autos, consta despacho da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.<sup>a</sup> Rosana Maciel Bittencourt Passos acompanhando o pronunciamento da Dr.<sup>a</sup> Leila Von Söhsten Ramalho. É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo o valor de R\$155.338,48, referente à quatro infrações, sendo o PAF julgado procedente pela 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0132-01/15 (fls. 94/102), cuja decisão foi mantida pela 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acordão CJF nº 0340-11/15 (fls. 208/218), ao Não Prover o Recurso Voluntário.

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade relativo às infrações 1 e 4, conforme documentos às fls. 256 a 264 e 409 dos autos, por entender ser improcedentes as citadas exações, pelos motivos lá expostos, do que requer a intervenção da PGE no feito, apresentando Representação ao CONSEF.

Em consequência, a PGE/PROFIS, após as devidas análises, com fulcro no art. 113, §5º, I do RPAF e no art. 119 do COTEB, ofereceu a Representação ao CONSEF no sentido de que sejam excluídos da autuação os débitos relativos às infrações 1 e 4, diante das seguintes considerações:

Em relação à infração 1, cuja acusação é: “*Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es), referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios*”.

[...]

*O Direito Tributário, é certo, não desconhece nem olvida de atribuir consequência jurídica àquelas situações de fato que, conquanto não formalmente constituídas como sucessão, ostentam os requisitos substanciais aptos a caracterizá-la.*

*Tal é que exsurge claro do art. 133 do CTN, que para fins de responsabilização da empresa sucessora pelos débitos da sucedida, considera configurada a sucessão, independentemente de qualquer formalização, pela simples demonstração de aquisição, “a qualquer título”, de fundo de comércio ou estabelecimento, aliada à continuidade da atividade por parte da sucessora, “sob a mesma ou outra razão social”.*

[...]

*Assentada, pois, tal premissa, é de se reconhecer ter restado demonstrada, no presente caso, a sucessão empresarial alegada, visto que, consoante se dessume do substrato probatório do feito, a autuada Água do Mar e a Pereira Borges têm em comum o mesmo endereço, os mesmos sócios, os mesmos funcionários (fls. 152/154), o mesmo ramo de atividade e o mesmo nome de fantasia.*

*Além disso, a cronologia dos fatos também corrobora a ocorrência de sucessão, veja-se: a empresa Pereira Borges foi incluída no Cadastro de Contribuintes do ICMS em 25/09/2013; somente após tal inclusão, deu-se, em 01/10/2013, a emissão da nota fiscal pela Água do Mar para a Pereira Borges, relativamente à transferência a seu estoque; o primeiro recolhimento da Pereira Borges ocorreu justamente em novembro/2013, referente ao mês de outubro, exatamente quando se deu a entrada das mercadorias atinentes à nota fiscal citada; o último recolhimento da Água do Mar se deu em novembro/2013, e atualmente tal empresa encontra-se baixada, conforme pedido de baixa deferido em 20/08/2014.*

*Tendo por evidenciada, assim, a ocorrência da aduzida sucessão entre as empresas em questão, não resta dúvida de que a operação de transferência de mercadorias entre elas, na forma do art. 3º, XI, da Lei nº 7.014/96, não se sujeita ao ICMS, sendo, por isso, improcedente a Infração 01.*

*Neste sentido, aliás, tem sido o posicionamento mais recente deste Egrégio CONSEF, como se constata dos julgados, ora anexados, relativos aos outros autos de infração idênticos lavrados contra o mesmo contribuinte.*

Inerente à infração 4, cuja acusação é: “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*”.

*No que tange à Infração 04, o autuado, suscitando a aplicação do entendimento exarado por essa Procuradoria Fiscal no Procedimento de Uniformização nº PGE2016.269506-0, pleiteia o reconhecimento de sua improcedência.*

*Aqui também lhe assiste razão.*

*De fato, a PROFIS, considerando que a jurisprudência pátria consolidou o entendimento, espelhado na Súmula 166 do STJ e no julgamento do REsp nº 1.125.133-SP (processado conforme o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil – CPC), no sentido de não haver incidência de ICMS nas transferências internas entre*

estabelecimentos de um mesmo titular, aprovou Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica nº PGE/20161695060, autorizando os Procuradores do Estado a reconhecerem a procedência do pedido e absterem-se de recorrer em casos que tais, em diretriz chancelada pelo Procurador Geral do Estado, que, inclusive, atribuiu-lhe caráter sistêmico.

E enquadrando-se, a referida **Infração 04**, exatamente no figurino a que alude o Procedimento supracitado, outro não pode ser o posicionamento desse Órgão senão o de pugnar pelo seu cancelamento.

Com efeito, nos termos do art. 133 do CTN, é forçoso reconhecer a sucessão da empresa Água do Mar pela Pereira Borges, diante de todo conjunto probatório e das considerações postas na Representação da PGE/PROFIS, a exemplo de que elas têm em comum os mesmos: endereços, sócios, funcionários e ramos de atividade. Em consequência, a operação de transferência de mercadorias entre elas não se sujeita ao ICMS, nos termos do art. 3º, XI da Lei nº 7.014/96, razão de acolher a Representação da PGE/PROFIS para julgar **improcedente a infração 1**.

Por sua vez, em relação à infração 4, os demonstrativos (fls. 26/34) indicam CNPJ referentes aos destinatários localizados no Estado da Bahia e, em consequência, tratar-se de operações de transferência internas do estabelecimento autuado para outras filiais na Bahia.

Nesta condição, de ocorrência de operações de transferência internas, *acolho a Representação da PGE/PROFIS para julgar improcedente a infração 4*, uma vez que, nos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte **num único Estado da Federação**, de fato, não possui qualquer relevância econômica, por conta do mecanismo da não-cumulatividade, conforme entendimento já consolidado no âmbito da SEFAZ e ínsito no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, no qual concluiu que “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, ressalvando:

*Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.*

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$8.995,61, relativo às infrações 2 e 3, haja vista a Improcedência das exações 1 e 4.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130609.0171/14-8, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o sujeito passivo para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.995,61**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57,80 e 100% sobre R\$8.937,81, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III da Lei nº 7.014/96, e os dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS