

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.057/10/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000156027-43
Impugnação: 40.010122720-78, 40.010122756-11 (Coob.)
Impugnante: Companhia de Cimento Portland Itaú
IE: 763013688.14-59
Mineração Belocal Ltda. (Coob.)
IE: 763300779.00-34
Proc. S. Passivo: Flávio José Calais/Outro(s)/Juliana Campos Araújo(Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL - Imputação ao Sujeito Passivo de saída de mercadorias desacobertada de documento fiscal, a partir do confronto entre DAMEFs (Declaração Anual do Movimento Econômico e Fiscal). Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, de acordo com o art. 55, inciso II da Lei 6763/75. Entretanto, por restar comprovada a sucessão empresarial, são canceladas as exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada promoveu saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal no exercício de 2005, em virtude do confronto entre as DAMEFs dos exercícios de 2004 e 2005.

Exigem-se ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75.

Inconformadas, Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 80/89 e 37/41, respectivamente, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 131/149.

A Assessoria do CC/MG exara os despachos interlocutórios às fls. 155/156 e a diligência de fls. 157, que resultaram nas manifestações de fls. 163/164, da Coobrigada e fls. 186, da Autuada; e Manifestação Fiscal do Fisco de fls. 199/202, sem reformulação do crédito tributário.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 204/212, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram parcialmente os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar a sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

Conforme se depreende do relatório do Auto de Infração (AI) de fls. 04/05 o indício da saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal foi baseado na DAMEF de fls. 12, que indica no exercício de 2004 a existência de estoque de mercadorias sujeito à tributação, não informado na DAMEF do exercício de 2005 (fls. 13). Em face desta constatação, o Fisco presumiu a infração, por considerar que não foram satisfatórias as justificativas da Autuada.

A decisão da Câmara foi baseada nos itens a seguir.

1. O uso exclusivamente da DAMEF não caracteriza a saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal

Na análise da técnica empregada pelo Fisco para a apuração da irregularidade, com base no art. 194, incisos I e VII do RICMS/02, citado às fls. 148, esta 1ª Câmara de Julgamento entendeu que a DAMEF é apenas indicativo de irregularidade. Por isso, não pode ser analisada separadamente da escrita e documentos fiscais do contribuinte, porque é insuficiente, por si só, para provar a infração.

Diferentemente do que afirmou a Assessoria do Conselho de Contribuintes às fls. 208, não ocorreram as solicitações de esclarecimento à Autuada de fls. 23, 25, 26 e 30 dos autos, que dá a entender que foram quatro no total.

Foram apenas duas intimações: a de fls. 23, no Ofício nº 35/2006/AF/Vespasiano, efetuada pelo Chefe da AF/3º Nível/Vespasiano/SRF-I, novamente juntada ao PTA às fls. 25; e a intimação promovida pelo Fisco em 15/10/07, às fls. 26, reproduzida às fls. 30.

A Autuada respondeu ao Ofício nº 35/2006/AF/Vespasiano às fls. 28, informando, no item 4, que anexou CD sobre a movimentação das contas de estoque de mercadorias e de produtos existentes em 2004.

O CD não foi anexado aos autos, pois de acordo com a Manifestação Fiscal às fls. 143, este não teria nenhum valor relevante, desconsiderou-se também as informações nele contidas, conforme transcrito a seguir, “...*Além disso, o conteúdo de um CD pode ser facilmente “produzido”; o que foi entregue não tem identificação externa e mesmo que trouxesse identificação continuaria sem nenhum valor, pelas razões descritas.*”

A Autuada era empresa sujeita à tributação débito/crédito. Logo, possuía, à época dos fatos, emissão regular de documentos fiscais e livros que poderiam ter sido analisados pelo Fisco, pois o pedido de baixa foi efetuado por ela em 12/11/04 (fls. 21). A empresa foi suspensa no dia 28/12/04, de acordo com os dados no SICAF. A baixa não foi processada até a presente data.

Por força do art. 124, inciso I do RICMS/02, a Autuada era obrigada a apresentar à repartição fazendária os livros e documentos fiscais para processar a baixa, conforme abaixo:

Art. 124 - A inscrição será cancelada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - em decorrência de pedido de baixa, quando, feitas as verificações, constatar-se a regularidade fiscal do contribuinte; (grifou-se)

Para baixar a Inscrição Estadual, a verificação do Fisco inclui a análise de todos os registros em livros e documentos fiscais. O bloqueio para a baixa ocorreu em 28/12/04, o AI foi lavrado em 24/09/07, a Autuada e Coobrigada só foram intimadas em 11/03/08. Portanto, entre os fatos descritos e o recebimento do AI transcorreram mais de três anos. Nesse período era obrigatória a apresentação dos livros na repartição fazendária para fins de baixa.

A inferência acima permite concluir que: a) ou o pedido de baixa deveria ser indeferido por falta dos livros e documentos fiscais, ou; b) os livros e documentos fiscais estavam na repartição fazendária e não foram analisados em conjunto com a DAMEF.

Não houve o confronto entre a DAMEF e os documentos fiscais, pelo que consta nos autos. Por conseguinte, não pode ser acatada infringência com base unicamente em estoque, declarado em documento que se destina a informar o movimento econômico para fins de apuração do Valor Adicionado Fiscal (VAF), porque havia meios de obter a documentação da Autuada e realizar fiscalização mais detalhada.

O que ocorreu, na prática, foi autuação baseada na presunção de que houve saída de estoque sem a emissão de documento fiscal. Os documentos juntados aos autos não permitem concluir que as informações prestadas pela Autuada às fls. 28 não merecem fé até mesmo porque o CD apresentado foi desconsiderado.

O Fisco poderia ter à sua disposição os documentos necessários para fiscalizar, que obrigatoriamente deveriam ter sido entregues para a baixa. Se não foram entregues, cabia ao Fisco solicitar novamente, por meio de intimação, antes de lavrar o AI, posto que tais documentos são imprescindíveis à fiscalização para provar a infração.

2. A Coobrigada não poderia ter obtido a Inscrição Estadual

Assiste razão à Assessoria do Conselho de Contribuintes ao informar, às fls. 208, que Coobrigada obteve a Inscrição Estadual em 12/08/04 (fls. 22). Naquela data, nem mesmo havia sido concluída a venda de ativos da Autuada para a Coobrigada, conforme se vê no Instrumento Particular de Compra e Venda de Ativos e Outras Avenças de fls. 187/194 que só foi registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG) no dia 20/09/04 (fls. 194).

A Inscrição Estadual foi deferida oito dias antes de as partes acordarem sobre a transação de compra e venda, porque o Instrumento Particular de Compra e Venda de Ativos e Outras Avenças, só foi assinado em 20/08/04. Porém, em 12/08/04, a Coobrigada já tinha em mãos a Inscrição Estadual, conforme fls. 22.

A situação era irregular, pelos seguintes fatos: a) foram deferidas duas Inscrições Estaduais para o mesmo endereço e mesmo CNAE (2392-3/00); b) a Autuada continuava em atividade e não foi bloqueada na data da concessão da Inscrição Estadual para a Coobrigada. Cabe destacar que a inscrição para a Coobrigada não podia ser deferida, porque a concretização do negócio de fls. 187/194 só ocorreu 33 (trinta e

três) dias depois de deferida a inscrição, ou seja, não havia sequer indicativo de que o negócio entre a Autuada e a Coobrigada seria concretizado.

A situação permanece irregular, em face do não deferimento da baixa e, ao que tudo indica, da falta de análise dos livros e documentos fiscais da Autuada.

3. O ICMS não incide sobre a transferência de propriedade da Autuada

De acordo com a cláusula 1, às fls. 188, do Instrumento Particular de Compra e Venda de Ativos e Outras Avenças, o objeto da transação entre Autuada e Coobrigada são os móveis, os imóveis e os direitos em minérios. Dessa forma, a Coobrigada é sucessora da Autuada em direitos e obrigações. Por isso, o contrato entre elas prevê, integralmente, a transferência da propriedade, hipótese de não incidência do ICMS, consoante o art. 3º, inc. VI da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 7º, inc. XX da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

Lei nº 6763/75:

Art. 7º - O imposto não incide sobre:

(...)

XX - a operação de qualquer natureza, de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, desde que não importe em saída física de mercadoria; (grifou-se)

O estoque indicado na DAMEF de fls. 12 não teve saída física porque a sucessora da Autuada, no caso, a Coobrigada adquiriu integralmente a propriedade, inclusive os direitos de utilização de minas. Em consequência, não houve movimentação física do estoque. Em decorrência aplicam-se as disposições legais acima de não incidência do ICMS na operação.

A Assessoria do Conselho de Contribuintes considerou, corretamente, às fls. 209, que a operação entre a Autuada e a Coobrigada assemelha-se à sucessão de empresas, por incorporação do patrimônio de uma em outra, como é o caso dos autos. Nessa situação, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp nº 242.721-SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros é o seguinte:

I - TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO CONSTITUEM VÁRIAS FACETAS DE UM SÓ INSTITUTO: A TRANSFORMAÇÃO DAS SOCIEDADES. TODOS ELES SÃO FENÔMENOS DE NATUREZA CIVIL, ENVOLVENDO APENAS AS SOCIEDADES OBJETO DA METAMORFOSE E OS RESPECTIVOS DONOS DE COTAS OU AÇÕES. EM TODO O ENCADEAMENTO DA TRANS-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FORMAÇÃO NÃO OCORRE QUALQUER OPERAÇÃO COMERCIAL.

(...)

IV – A TRANSFORMAÇÃO EM QUALQUER DE SUAS FACETAS DAS SOCIEDADES NÃO É FATO GERADO DO ICMS. (GRIFOU-SE.)

Vê-se, portanto, da decisão acima, que no caso em tela não há incidência do ICMS.

Há, na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, Orientação da SUTRI, na Consulta de Contribuinte nº 238/06, de que não é necessária a emissão de nota fiscal na incorporação, conforme abaixo.

CONSULTA:

1 – É necessária a emissão da nota fiscal referente aos ativos e estoques mantidos pela incorporada na data da incorporação, indicando como destinatária a Consulente?

2 – É possível ao estabelecimento incorporador absorver todo o saldo credor de ICMS escriturado nos livros fiscais do referido estabelecimento incorporado, além de utilizá-los, iniciando nos mesmos a sua escrituração a partir dos últimos lançamentos efetuados pela incorporada, na forma do § 2º do art. 170 da Parte Geral do RICMS/2002, ou, sendo necessária a adoção de novos livros, que os mesmos possam receber em transferência todo o saldo credor mantido pelo estabelecimento incorporado até a data da incorporação?

RESPOSTA:

Preliminarmente, deve-se destacar que, conforme preceituam os art. 1.116 e 1.118 do Código Civil Brasileiro, a incorporação de uma determinada sociedade por outra é causa de extinção da sociedade incorporada, sendo esta absorvida em direitos e obrigações pela incorporadora.

1 – Pelo que se depreende da exposição da Consulente, em relação ao processo de incorporação, vê-se que a nova empresa irá continuar as atividades do estabelecimento incorporado. Nesse sentido, e em consonância com as orientações já emanadas por esta Superintendência, não é necessária a emissão de notas fiscais relativas à transferência do estoque de mercadorias e do ativo permanente para a empresa incorporadora, inexistindo movimentação física de mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É permitido o aproveitamento dos livros fiscais do estabelecimento incorporado pela incorporadora. Nos termos do § 2º do art. 170 da Parte Geral do RICMS/2002, a repartição fazendária poderá autorizar, desde que requerido pelo contribuinte, ou exigir, quando julgar conveniente, a adoção de novos livros em substituição aos anteriormente em uso pelo estabelecimento incorporado.

Como forma de se viabilizar a continuidade da atividade do estabelecimento, agora desenvolvida pela incorporadora, em situações especiais e desde que autorizado pela repartição fazendária, as notas fiscais impressas em nome do estabelecimento incorporado poderão ser utilizadas mediante aposição de carimbo da nova razão social do estabelecimento.

2 - Na incorporação, são transferidos para a empresa incorporadora tanto os direitos quanto as obrigações da empresa extinta. Assim, refletindo a continuidade das atividades do estabelecimento, a Consulente, ao absorver o patrimônio da empresa incorporada, poderá manter o saldo credor do ICMS, bem como o crédito acumulado, e utilizá-lo nos termos do disposto nos art. 66 a 74, Parte Geral do RICMS/2002.

Dessa forma, não se faz necessária a emissão de documentação fiscal para transferência dos créditos fiscais.

Ressalte-se, ainda, que o crédito acumulado resultante da incorporação deverá ser o espelho dos lançamentos finais registrados nos livros fiscais por ocasião da baixa da inscrição da empresa incorporada e será convalidado pelo Fisco limitado ao montante regularmente reconhecido ao estabelecimento. (G.N.)

DOLT/SUTRI/SEF, 11 de outubro de 2006.

Inês Regina Ribeiro Soares

Diretora/DOLT

Antonio Eduardo M. S. P. Leite Júnior

Diretor da Superintendência de Tributação

Como se observa às fls. 22, a Coobrigada tem o mesmo CNAE Fiscal da Autuada, é estabelecida no mesmo endereço e exerce atividades idênticas àquelas que foram exercidas pela Autuada, a qual está dispensada de emitir notas fiscais relativas à transferência do estoque de mercadorias, consoante a orientação acima, no item 1.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, nos termos do parecer da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assessoria deste Conselho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Danilo Vilela Prado
Relator

CC/MIG