



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº030.960.2013-2

Recursos HIE/VOL/CRF Nº312/2016

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS

1ªRecorrida:VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.

2ªRecorrente:VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE ALHANDRA

Autuante:SÉRGIO RICARDO ARAÚJO NASCIMENTO

Relator:CONS.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA TRANSFERENCIA DE MERCADORIAS DO ESTOQUE E BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE OUTRA EMPRESA. ANÁLISE PERICIAL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Quando parte do ativo de uma empresa é transferida de seu estabelecimento para integralização de capital social de uma outra empresa, mediante conferência de bens, deve sofrer o gravame tributário do ICMS, visto que os atos e fatos jurídicos envolvidos não se confundem com o conceito de transferência de propriedade do estabelecimento, não se sujeitando à hipótese de não incidência prevista pelo ordenamento tributário do Estado da Paraíba. Tais operações devem ser objeto de emissão de notas fiscais em face da transmissão de propriedade de mercadorias e bens do ativo com destino a outro estabelecimento. Correções realizadas na composição da base de cálculo, decorrentes de análise pericial e a redução da multa por infração, por força da Lei nº 10.008/13, em obediência ao Princípio da Retroatividade Benéfica, elidiram parte do crédito tributário exigido na inicial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000394/2013-66, lavrado em 2/4/2013, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., CCICMS nº 16.027.016-2, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 9.249.420,24 (nove milhões, duzentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e vinte reais e vinte e quatro centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 4.624.710,12 (quatro milhões, seiscentos e vinte e quatro mil, setecentos e

dez reais e doze centavos), por infringência aos artigos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 2º, I, §4º, I, §5º c/c art. 3º, I e 14, I todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da multa por infração, de R\$ 4.624.710,12 (quatro milhões, seiscentos e vinte e quatro mil, setecentos e dez reais e doze centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 27.012.599,76 (vinte e sete milhões, doze mil, quinhentos e noventa e nove reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 7.462.629,88 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, seiscentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 19.549.969,88 (dezenove milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, novecentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), de multa por infração.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMÃES TEIXEIRA, GÍLVIA DANTAS MACEDO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 77 e 80 da Lei nº

10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000394/2013-66, lavrado em 2/4/2013, (fl. 3), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

A INFRAÇÃO SE REPORTA À SAÍDA DE MERCADORIAS (ESTOQUES E IMOBILIZADO) SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL E O CONSEQÜENTE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO EM VIRTUDE DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO ESTADUAL VERIFICADO QUANDO DA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DOS ESTOQUES E BENS DO ATIVO IMOBILIZADO DESCRITOS NO LAUDO DE AVALIAÇÃO EM ANEXO, VERIFICADA ATRAVÉS DA ATA DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA REALIZADA EM 12/04/2010 DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DENOMINADA “CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM”, CNPJ 10.917.819/0001-71, HOJE DENOMINADA DE “LAFARGE BRASIL S/A”, PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL POR PARTE DA EMPRESA AUTUADA, TUDO CONFORME CÓPIA DE DOCUMENTOS EM ANEXO. QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS, OS ARTS. 158, I E 160, I, C/C O ART. 2º, I, §4º, I, §5º, V, ART. 3º, I, E ART. 14, I, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

O crédito tributário exigido, através do auto de infração em análise, perfaz o montante de R\$ 36.262.020,00, sendo R\$ 12.087.340,00 de ICMS, por infringência ao artigo 106, acrescentando-se os arts. 158, I e 160, I c/c o art. 2º, I, §4º, I, §5º c/c art. 3º, I e 14, I, citados em nota explicativa, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e penalidade de R\$ 24.174.680,00, com arrimo no artigo 82, V, “a”, da Lei 6.379/96.

Constam às fls. 4 a 75, cópias da Ata de Assembleia Geral Extraordinária, relatórios e dados cadastrais das empresas envolvidas no presente caso.

Decorrida a devida ciência da ação fiscal, por meio do Aviso de Recebimento (AR), fl. 88, recepcionado em 19/4/2013, a empresa interpôs peça reclamatória protocolada em 3/5/2013, na qual, inicialmente, faz um breve resumo dos fatos ensejadores da ação fiscal, vindo a informar, em suma, que não teria ocorrido apenas a transferência de propriedade de estoques e ativos em integralização de capital da Cia de Cimento Portland Lacim, mas a transferência de propriedade de diversos estabelecimentos, dentre os quais o de Caaporã, contemplando todos os seus bens e direitos, sendo aprovado o aumento total de capital da sociedade investida para R\$ 106.609.664,00, e que não deve incidir ICMS sobre transferência de propriedade de estabelecimentos ou de fundo de comércio.

Que discorda da base de cálculo apurada pela fiscalização, pois, teria considerado equivocadamente o valor de R\$ 27.430.000,00, que eram decorrentes de ajustes da Lei Federal nº 11.638/2007, bem como valores de bens pertencentes a outros estabelecimentos do mesmo grupo econômico, e que o total de ativo imobilizado de sua propriedade corresponderia à R\$ 25.168.126,00, e que a multa aplicada seria desproporcional e confiscatória.

Em contestação, a fiscalização rebate as alegações de defesa, e aduz que a autuada teria realizado uma mudança de propriedade de parte de seus bens e direitos, apenas aqueles descritos na ata da A. G. E., para compor o acervo patrimonial da empresa CIA CIMENTO PORTLAND LACIM, e que a autuada continua a existir mesmo após a transmissão dos aludidos bens.

O contribuinte autuado requereu realização de prova pericial, apresentando quesitos às fls. 390 a 394, sendo esta concedida em diligência pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, e, após recolhimento das custas processuais, realizada conforme Relatório de Perícia juntado aos autos às fls. 417 a 419, que traz, em síntese as seguintes conclusões:

- estariam incluídos na base de cálculo do imposto bens e direitos não suportados pela incidência do ICMS, como benfeitorias, recursos naturais, edifícios e construções, jazidas, entre outros, totalizando R\$ 15.737.948,98, além de ativos pertencentes a outros estabelecimentos, no montante de R\$ 729.558,00, além do ajuste de R\$ 27.430.000,00, em razão dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.638/07;
- que nos valores contabilizados no ativo imobilizado transferido pelo sujeito passivo (R\$ 25.168.126,00), R\$ 15.737,948,98 não são passíveis de tributação, restando R\$ 9.430.177,19 passível de incidência do imposto;
- somando aos estoques de mercadorias, a base de cálculo redundaria para um montante de R\$ 27.204.177,19.

Conclusos e sem informação de reincidência (fl. 383) os autos foram remetidos a Instância Prima, com distribuição ao julgador monocrático Christian Vilar de Queiroz, que após análise das peças processuais, decidiu pela *parcial procedência* da acusação fiscal, conforme ementa abaixo:

ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. SAÍDA DESACOBERTADA. TRANSFERÊNCIA DE BEM MÓVEL E IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA. INCIDÊNCIA PARCIAL DA EXAÇÃO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. CORREÇÃO DA PENALIDADE.

Falta de emissão de notas fiscais, relativa às saídas de mercadorias e bens do ativo imobilizado da empresa subscritora, que foram transferidos de seu estabelecimento em favor de uma nova empresa, mediante conferência de bens do acervo líquido, em contrapartida da conta de Capital Social da empresa investida, e que deve sofrer o gravame tributário do ICMS, visto que os atos e fatos jurídicos envolvidos não se confundem com o conceito de transferência de propriedade do estabelecimento, não se sujeitando a hipótese de não incidência prevista pelo ordenamento tributário do Estado da Paraíba.

Diligência fiscal excluiu os valores relativos a ativos, pertencentes a outros estabelecimentos do mesmo grupo econômico e ajustes contábeis de bens do ativo imobilizado, além de outros itens que não se submetem a incidência desse imposto estadual. Infração elidida em parte.

Redução da multa por infração em face da Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Da decisão acima, o julgador *a quo* condenou o sujeito passivo ao crédito tributário no montante de R\$ 9.249.420,24, sendo R\$ 4.624.710,12, de ICMS, e R\$ 4.624.710,12, de multa por infração.

Cientificado do veredicto exarado na instância “*a quo*” em 10/5/2016 por meio de Aviso de Recebimento, fls. 649 a 651, o contribuinte interpôs recurso voluntário protocolado em 8/6/2016, trazendo à baila, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. Que mediante AGE realizada em 30.6.2010 as acionistas Votorantim Cimentos N/NE S.A. e Votorantim Cimentos Brasil S.A. aprovaram novo aumento de capital da Sociedade investida CIA de Cimento Portland LACIM, passando o capital subscrito ao valor de R\$ 196.607.800,00, e aprovada a subscrição de capital de R\$ 191.744.594,00 pelas investidoras, que dentre os aportes estariam incluídas duas filiais do Estado da Paraíba localizadas na Fazenda Miramar e na Fazenda Catolé, ambas no município de Caaporã;
- b. Que a luz do laudo de avaliação às fls. 27/65, que se verifica a transferência de propriedade do estabelecimento industrial autuado, juntamente com outros estabelecimentos, e não mera transferência de estoques e ativos conforme descrito na peça vestibular;
- c. Que a integralização realizada foi do estabelecimento como um todo, e que foi empregado este termo nos atos societários para lhe descrever como objeto de conferência da universalidade dos ativos e passivos dos estabelecimentos objetos da operação, bem como dos respectivos bens.
- d. O estabelecimento de Caaporã, como reconhecido na perícia, foram avaliados e compuseram a conferência de bens;
- e. Que a universalidade de bens contabilizados foram transferidos à companhia investida;
- f. No relatório da perícia referente ao quesito 4, o perito reconhece a totalidade dos ativos daquele estabelecimento como parte integral da base de cálculo do imposto, não havendo dúvidas que todo complexo de bens forma aportados naquela outra empresa;
- g. Ao invés de efetuar a baixa da inscrição estadual anteriormente existente a abertura de nova inscrição, ocorreu a mudança de endereço e alteração de atividade, em observância ao art. 123 do RICMS/PB;
- h. Que uma obrigação de cunho formal e cadastral não é capaz de mudar a sua natureza e nem modificar os fatos que efetivamente ocorreram;
- i. Que teria a caracterização de uma sucessão empresarial em relação à unidade autuada, que pode se dar pela integralização de capital com bens e direitos, como ocorrido neste caso concreto;
- j. Pugna, ao final, pela improcedência do auto de infração em epígrafe, ou, subsidiariamente, que seja afastada a multa aplicada em razão da ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição ao confisco;

Junta aos autos às fls. 655 e 656, requerimento solicitando sustentação oral do recurso voluntário

interposto, por meio do seu advogado, Otto Cristovam Silva Sobral, devidamente qualificado nos autos.

Seguindo a marcha processual, foram os autos encaminhados a este Órgão Colegiado, sendo distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimental, que diante dos fundamentos apresentados no seu recurso voluntário, foi solicitado um parecer à assessoria jurídica desta Casa, fls. 713/714, a respeito da incidência do ICMS nas operações e transferência dos estoques e bens do ativo imobilizado, ou parte dele, mediante conferência de bens para integralização de capital social de outra empresa, à luz da legislação tributária vigente, cuja resposta foi juntada aos autos às fls. 716/718, em que opina pela incidência do imposto, nos termos do art. 3º, §4º, I, da Lei nº 6.379/96, pela transmissão de propriedade de bens, e não pela transferência da propriedade do estabelecimento.

Conclusos, retornaram os autos a esta relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000394/2013-66, lavrado em 7/5/2012, fl. 2, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., devidamente qualificada nos autos, cuja acusação foi omissão de vendas de mercadorias tributáveis, apurada por meio do Levantamento Financeiro do exercício de 2009.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se extrai dos artigos 15 a 17, da Lei nº 10.094/2013.

Importa, ainda, declarar que a peça recursal apresentada atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 67 da Lei nº 10.094/13, destacando que o recurso voluntário foi protocolado em 8/6/2016, e a ciência da decisão monocrática em 10/5/2016, por via postal, com Aviso de Recebimento.

Assim, a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório.

Adentrando no mérito da matéria, vislumbra-se que o ponto principal da discórdia recai no fato de serem ou não tributáveis pelo ICMS as operações de transferência dos estoques e bens do imobilizado da empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A. – Filial Caaporã, mediante conferência de bens com base no Laudo de Avaliação, para integralização parcial do capital social da empresa CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM, conforme se vislumbra na Ata de Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 12/4/2010, fls. 4 a 20.

A Sociedade investida teve aumento do seu Capital Social Subscrito de R\$ 800,00 para R\$

106.609.664,00, com subscrição da quantia de R\$ 106.608.864,00, além da integralização do capital social, no montante de R\$ 4.863.206,00, advinda de CONFERÊNCIA DE BENS do acervo patrimonial da autuada e da VOTORANTIM CIMENTOS BRASIL S.A..

Pois bem. É pacificado o entendimento de que a transferência de propriedade do estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, não enseja a incidência do imposto, conforme previsão legal estampada no inciso VI do artigo 4º da Lei nº 6.379/96, infra:

Art. 4º - O imposto **não incide** sobre:

VI – operações de qualquer natureza decorrentes da **transferência da propriedade** de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie.

Da exegese da norma supra se extrai que a não incidência tributária atinge a transferência da propriedade do estabelecimento, pela ocorrência de sua alienação plena ou pela transformação da sociedade, derivando, para esse segundo caso, as hipóteses de ocorrência de cisão, incorporação, fusão e transformação previstas no ordenamento civil brasileiro e na conhecida Lei das S/A, em que ocorre a sucessão do patrimônio em direitos e obrigações, o que não se vislumbra tais hipóteses para o caso ora em análise, pois carece dos atos procedimentais previstos na Lei nº 6.404/76, para legalizações de alterações societárias.

No caso em discussão, este relator não vislumbra a ocorrência de alienação da propriedade do estabelecimento, e sim a transferência de parte de seu acervo para integralização também de parte do capital subscrito da investida, não se enquadrando em nenhuma hipótese de não incidência, em detrimento a tese recursal.

Vislumbro que ocorreu uma mudança de titularidade de parte dos bens do ativo da unidade de Caaporã, VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., para a empresa CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM, pela integralização do seu capital social, e que verifico nos autos abertura de uma filial em 20/5/2010, com CCICMS 16.168.862-4, localizada na Fazenda Catolé, S/N, Zona Rural, Caaporã, CEP 58326-000, ref. após a destilaria TABU (fl 572), endereço este diverso da autuada, CCICMS nº 16.027.016-2, que consta na Rod. 044, S/N, Km 14- Fazenda Catolé Pat Ext de manobras Portão 2, Zona Rural, sendo as duas empresas em atividade, como adiante ressalto, em que se comprova que o estabelecimento da autuada não foi transferido, como sustenta a recorrente, e sim ocorrido transferências de ativos e estoques para aquela.

Observa-se nos autos que houve uma transmissão de propriedade dos bens e direitos relacionados no relatório da empresa de auditoria KPMG, às fls. 25 a 65, em que parte destes pertenciam à empresa autuada, cujos ativos transferidos foram da ordem de R\$ 25.898.000,00, de um total de R\$ 45.048.000,00, fl. 35, especificados como sendo da divisão CIPASA, como também informado pela autuada à fl. 392, em seu pedido de diligência.

A mencionada tese recursal envereda erroneamente pelo caminho da desoneração tributária do

ICMS ao tentar correlacionar as operações de transferência de bens, estoques e imobilizados da empresa autuada para outra do mesmo grupo econômico, como se ocorresse à transferência da propriedade do estabelecimento, fato não ocorrido ao caso concreto em análise.

Em verdade, repiso que não ocorreu uma transferência de propriedade do estabelecimento na forma disciplinada pelo artigo 4º, VI, do RICMS/PB, e sim nos termos do art. 3º, §4º, I, do mesmo caderno normativo, adiante citado, pois se percebe, claramente, ocorreu mudança de propriedade de parte dos bens e direitos. Além do que, quando ocorreu aumento de capital social da investida, CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM, não se denota a existência de mudança societária da propriedade do estabelecimento ou, em última análise, caso de FUSÃO, INCORPORAÇÃO, CISÃO OU TRANSFORMAÇÃO, na forma delineada pelo ordenamento civil brasileiro.

Tal assertiva ganha força, quando buscamos a definição de estabelecimento, extraída do art. 1.142, do Código Civil, citado na peça recursal, normatizando que “considera-se estabelecimento **todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa**, por empresário, ou por sociedade empresária”. No presente caso, não ocorreu operação de transferência do estabelecimento industrial.

Não há aspectos materiais que possam caracterizar a existência de transferência de propriedade do estabelecimento, na forma prevista pela legislação de regência, e sim, a transferência de parte do seu ativo em contrapartida de conta de integralização do Capital Social da CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM, evidenciando, portanto, que a operação ocorrida não se sujeita à égide da não-incidência prevista pelo ordenamento tributário paraibano, daí porque da permanência das inscrições estaduais distintas, e suas respectivas autonomias no mundo jurídico, como se depreende das próprias declarações fiscais da autuada por meio da Escrituração Fiscal Digital até a atualidade, com provas de sua atividade que se vislumbra pelo seu faturamento, movimentação de notas fiscais de compras, vendas e transferências, confirmando o relatório da Gerência de Informações Econômico-Fiscais desta Secretaria, e a situação cadastral perante a Receita Federal.

Assim, é a realidade dos fatos que demonstram a continuidade da empresa autuada que mostram a verdadeira razão de não ter havido pedido de baixa da inscrição estadual da autuada, que, obviamente, não foi por descumprimento de mera formalidade, como se defende na peça recursal.

Em seu recurso voluntário, a recorrente cita a ata da AGE realizada em 30/4/2010, fls. 173 e 174, que aprova a redução do capital social da empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., no importe de R\$ 195.000.000,00, como devolução da parte de participação societária à VOTORANTIM CIMENTOS BRASIL S.A., e não como objeto de integralização da CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM.

Cita ainda a ata da AGE da empresa investida, realizada em 30/6/2010, que trata de novo aumento de capital subscrito, bem como aprovação da integralização anterior, conforme os laudos de avaliação dos bens com as quais as subscritoras integralizaram o capital, em que inclui em sua ata duas filiais no Estado da Paraíba, localizadas na Fazenda Miramar e na Fazenda Catolé. Por óbvio esta redação se reporta aos bens aprovados para integralização do aludido capital, localizados nos endereços das filiais, como igualmente consta a de todas as demais filiais no mesmo texto da citada ata, em que também destaca que a integralização foi “mediante a conferência dos ativos constantes dos citados laudos”, e não pela universalidade dos ativos e passivos dos estabelecimentos, como argumenta a recorrente.

Não custa lembrar que a subscrição do capital se trata apenas de um compromisso formal dos acionistas em contribuir com a empresa por meio de recursos, que pode ser integralizado com

qualquer espécie de bens (móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, etc.), desde que suscetíveis de avaliação pecuniária. Já a Integralização do Capital Social é o ato pelo qual os proprietários pagam (realizam) o compromisso assumido na subscrição de Capital, que é o caso em questão.

Retornando ao ponto central do presente litígio, para a adequação à norma da não incidência do ICMS, repiso, seria preciso a transferência da propriedade de todo complexo de bens organizados para o exercício de sua empresa, conforme a definição de estabelecimento acima já comentado, o que não aconteceu, conforme o próprio laudo de avaliação e considerações supra, e não apenas de parte de seus bens que o compõem.

De sorte, consolidando o entendimento acima exarado, a instância monocrática trouxe à baila, em sua decisão às fls. 599 a 605, resultados de Consultas emitidas pelo Fisco de São Paulo e Minas Gerais (nºs 561/2001-SP e 250/2007-MG, respectivamente), formuladas por contribuintes que tratam de matéria correlata aos autos, acerca da dúvida de incidência do ICMS sobre a ocorrência de “conferência de bens”, onde ficou patente a materialidade da incidência do ICMS nas operações realizadas, diante da saída, sem emissão de documentos fiscais dos estoques e do imobilizado para integralização de capital social de outra sociedade.

Portanto, notório será considerar a ocorrência da saída de mercadorias (estoque e imobilizado) do estabelecimento que sofreram a transmissão de titularidade, materializando a eclosão do fato gerador do ICMS, surgindo à obrigação principal de recolhimento do imposto estadual, o que descaracteriza, de pronto, a alegação recursal de não incidência tributária sobre a chamada conferência de bens e sobre as operações de saída com bens do ativo imobilizado, e pela transmissão de propriedade do estabelecimento, mesmo na inoccorrência de circulação física. Vejamos o dispositivo normativo da Lei nº 6.379/96, sobre a incidência do ICMS:

Art. 3º O imposto **incide** sobre:

I - **operações relativas à circulação de mercadorias**, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

§ 4º Equipara-se à **saída**:

I – a **transmissão da propriedade de mercadorias**, decorrente de alienação onerosa ou gratuita de título que a represente, ou a sua transferência, **mesmo que não haja circulação física**; (grifo nosso).

§ 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

V – **mercadoria, qualquer bem móvel, novo ou usado**, inclusive semovente. (grifo nosso)

Dessa forma, encontra-se comprovada, mediante provas carreadas aos autos, que ocorreu a transferência de estoques e de bens do ativo imobilizado da suplicante para a empresa CIA DE CIMENTO PORTLAND LACIM, mediante conferência de bens de parte do seu patrimônio, não se equiparando, este fato, a uma transferência de propriedade do estabelecimento, como quer caracterizar a tese da defesa pela não-incidência do ICMS.

Seguindo esta linha de entendimento, esta colenda Corte já se posicionou a respeito da matéria em evidência, a exemplo do Acórdão nº 181/2011, de relatoria do nobre Conselheiro João Lincoln Diniz Borges, cuja ementa abaixo transcrevo:

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DO ESTOQUE E BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Os estoques e imobilizados do ativo de uma empresa que foram transferidos de seu estabelecimento em favor de uma nova empresa, mediante conferência de bens do acervo líquido, em contrapartida da conta de Capital Social da empresa novel, deve sofrer o gravame tributário do ICMS, visto que os atos e fatos jurídicos envolvidos não se confundem com o conceito de transferência de propriedade do estabelecimento, não se sujeitando a hipótese de não incidência prevista pelo ordenamento tributário do Estado da Paraíba. As operações em espécie devem ser objeto de emissão de notas fiscais em face da transmissão de propriedade de mercadorias e bens do ativo com destino a outro estabelecimento industrial.

Assim, a transmissão de propriedade de mercadorias e bens do ativo imobilizado para outra empresa caracteriza fato gerador do ICMS, e deve ser efetivada mediante emissão das correspondentes notas fiscais, que no presente caso não se encontra sob o manto da não incidência tributária, conforme acima evidenciado, comungando, portanto, com o Parecer da Procuradoria Geral do Estado, fls. 716/718, mormente o fato, repiso, que as duas empresas (autuada e a filial da investida), se encontram em plena atividade.

Em relação à base de cálculo utilizada pelo autuante, convém considerar o laudo pericial, acima relatado, juntado aos autos às fls. 417 a 419, cuja perícia foi realizada por auditor fiscal designado pelo Secretário Executivo da Receita, cujos trabalhos foram acompanhados pelo representante da empresa e seu contador, que concluiu que na base de cálculo estaria incluído itens não suportados na base de cálculo do ICMS, como benfeitorias, terrenos, direito ao uso de software, edifícios, gastos pré-operacionais, entre outros, que totalizam R\$ 15.737.948,98, além de bens pertencentes a outros estabelecimentos no montante de R\$ 729.558,00. Assim, corroborando com a decisão monocrática, devem tais valores serem excluídos da base de cálculo do imposto.

Alega a recorrente em sua peça recursal, que a resposta dada pela fiscalização ao Quesito 4, seria

de reconhecimento de que a totalidade dos valores dos ativos seriam parte integrante da base de cálculo, concluindo que todo complexo de bens teria sido aportado na empresa investida.

Tal argumento foi colocado de forma equivocada pela recusante, pois os documentos 11 e 12 juntados na impugnação tratam dos ativos transferidos na transação em foco (informativo à fl. 477 e arquivo em mídia CD à fl. 482), em que se pode identificar os bens não pertencentes a filial Caaporã, inicialmente considerado na exordial, como fora diagnosticado o valor de R\$ 729.558,00 na análise pericial, totalizando um valor líquido transferido de R\$ 25.168.126,00 desta unidade. Em nenhum momento o laudo atesta transferência de estabelecimento. Vejamos:

Quesito 4 – Queira o i. Perito esclarecer, se a partir da análise do agrupamento de contas do ativo imobilizado e demonstrativo anexados à impugnação como docs. 11 e 12, é possível individualizar os ativos referentes ao estabelecimento de Caaporã, cujo valor total corresponde a R\$ 25.168.126,00?

Com base em relatório de auditoria e planilhas auxiliares é possível individualizar os valores da filial Caaporã cujo total é R\$ 25.168.126,00. (fl. 418)

Outro ponto de relevância análise trazida no laudo pericial diz respeito ao valor de R\$ 27.430.000,00, que demonstra se referir a ajuste da Lei Federal nº 11.638/2007, com a finalidade de adaptação a regulação contábil internacional, cujo montante não se origina de fato gerador do ICMS, pois, conforme entendimento da instância preliminar, com a qual comungo, não se trata de um efeito de natureza tributária em relação ao ICMS, não podendo servir base de incidência deste imposto.

Por fim, quanto à alegação do sujeito passivo de que a multa aplicada pela instância singular se apresenta desproporcional e confiscatória, há de se destacar que tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstritos ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade.

A própria Lei nº 10.094/13 (PAT) exclui a competência dos órgãos julgadores para discutir sobre inconstitucionalidade de lei, conforme exegese do seu art. 55^[1].

Quanto ao valor da penalidade proposta, comungo com a decisão da instância prima, que reduziu as multas por infração para 100%, considerando as alterações advindas da Lei nº 10.008/13, particularmente do art. 82, da Lei nº 6.379/96, com efeitos a partir de 1º/9/2013. Tal correção beneficiando o sujeito passivo relativamente aos fatos geradores pretéritos, tem por fundamento o princípio da retroatividade da lei mais benigna, consoante o art. 106, II, “c”, do CTN^[2].

Por todo exposto, considerando as correções e ajustes acima evidenciados, deve o crédito tributário ser constituído conforme demonstrativo abaixo:

Ativo Fixo (A)	45.048.100,25
Ativos não transferidos (B)	19.150.416,25
Ativos transferido (C) = (A) - (B)	25.897.684,00
Ajustes Lei nº 11.638/07 (D)	27.430.000,00

(E) = (C) + (D)	53.327.684,00
-----------------	---------------

Estoques transferidos (F)	17.774.000,00
---------------------------	---------------

Base de Cálculo inicial (G) = (E) + (F)	71.101.684,00
--	----------------------

bens não suportados pelo ICMS (H)	15.737.948,98
-----------------------------------	---------------

bens de outras filiais (I)	729.558,00
----------------------------	------------

Ajustes Lei nº 11.638/07 (J)	27.430.000,00
------------------------------	---------------

Base de Cálculo corrigida = (G) - (H) - (I) - (J)	27.204.177,02
--	----------------------

ICMS (17%)	4.624.710,12
------------	--------------

Multa (100%)	4.624.710,12
--------------	--------------

Crédito Tributário devido	9.249.420,24
---------------------------	--------------

Por conclusão, ressalto que a recorrente teve ampla manifestação de seu direito ao contraditório, visto o acolhimento de diversas peças, a exemplo dos documentos juntados pela recorrente e da sustentação oral, estando os reclamos recursais com a devida e prudente análise por este relator no decorrer da fundamentação deste voto.

Por todo exposto,

VOTO - pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e

tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000394/2013-66, lavrado em 2/4/2013, contra a empresa VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A., CCICMS nº 16.027.016-2, qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário, no montante de R\$ 9.249.420,24 (nove milhões, duzentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e vinte reais e vinte e quatro centavos), sendo os valores, de ICMS, R\$ 4.624.710,12 (quatro milhões, seiscentos e vinte e quatro mil, setecentos e dez reais e doze centavos), por infringência aos artigos arts. 158, I e 160, I c/c o art. 2º, I, §4º, I, §5º c/c art. 3º, I e 14, I todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, e da multa por infração, de R\$ 4.624.710,12 (quatro milhões, seiscentos e vinte e quatro mil, setecentos e dez reais e doze centavos), com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 27.012.599,76 (vinte e sete milhões, doze mil, quinhentos e noventa e nove reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 7.462.629,88 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, seiscentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos), de ICMS, e R\$ 19.549.969,88 (dezenove milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, novecentos e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos), de multa por infração.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de outubro de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator