

Acórdão: 16.110/03/1^a
Impugnação: 40.010107894-99(Aut.), 40.010108685-00(Coobr.)
Impugnantes: Casa do Whisky Ltda(Aut.), Deli Gourmet Ltda(Coobr.)
Proc. S. Passivo: Carlos Roberto Ribeiro(Aut.)
PTA/AI: 01.000140215-42
Inscrição Estadual: 062.763610.00-87(Aut.), 062.154909.00-10(Coobr.)
Origem: AF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADA – Em se tratando de sucessora, a Coobrigada deve responder pelo crédito tributário, face o disposto no artigo 133 do CTN. Legítima a inclusão da Coobrigada no pólo passivo.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTAS FISCAIS FALSAS E/OU INIDÔNEAS. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas falsas e/ou inidôneas. Infração caracterizada, nos termos do art. 70, inciso V, do RICMS/96. Legítimas as exigências fiscais de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inc. X, da Lei nº 6763/75.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS, no período de 01.04.97 a 31.12.01, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito destacado em notas fiscais declaradas inidôneas, lançadas no Livro Registro de Entradas. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso X, da Lei nº 6763/75.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, a Autuada, e por seu representante legal, a Coobrigada, Impugnações às fls. 1.051 a 1.081 e 2.101 a 2.108, respectivamente, contra as quais o Fisco apresenta manifestações às fls. 1.445 a 1.454 e 2.176 a 2.181.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.349 a 2.368, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

A Autuada reclama que foi cerceado o seu direito de defesa, tendo em vista a falta de apresentação das cópias dos Atos Declaratórios, ao fundamento que as telas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do SICAF não se prestam a demonstrar a idoneidade do procedimento adotado pelo Fisco para declarar inidoneidade/falsidade.

Não procede tal reclamação, eis que as telas do SICAF que integram os autos trazem todas as informações relativas aos Atos Declaratórios, inclusive os fatos motivadores da inidoneidade/falsidade, as quais foram publicadas no “Minas Gerais”, Diário Oficial do Estado, levando a conhecimento público, conforme datas de publicação que constam das referidas telas.

Os processos que deram origem aos Atos Declaratórios são de interesse das emitentes das notas fiscais, que poderiam questionar a razão da inidoneidade/falsidade, à época própria.

Os atos declaratórios de inidoneidade e falsidade são precedidos de ampla investigação e são expedidos pela SEF/MG nos termos dos artigos 1º e 3º da Resolução n.º 1.926/89, que tem amparo no art. 223 do RICMS/96.

A Coobrigada diz que o Auto de Infração é nulo, uma vez que não houve motivação que embasasse a sua inclusão como Coobrigada da Casa do Whisky Ltda.

A arguição de nulidade do Auto de Infração não deve ser acatada, tendo em vista que o fato que motivou a inclusão da Coobrigada no pólo passivo foi provocado pela própria Autuada que apresentou, em data posterior à do lançamento do crédito tributário, as Alterações Contratuais de n.ºs 06 e 07, doc. fls. 2.077/2.094, quando foi reaberto o prazo legal de 30 (trinta) dias para pagamento com as reduções legais ou apresentação de Impugnação.

Portanto, não restou caracterizada a nulidade da presente peça fiscal.

DO MÉRITO

A fiscalização constatou que a Autuada aproveitou indevidamente crédito de ICMS destacado em notas fiscais declaradas inidôneas/falsas, conforme Atos Declaratórios de Inidoneidade/Falsidade publicados no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, que resultou em falta de recolhimento do imposto relativamente ao período de 01.04.97 a 31.12.01.

As notas fiscais, objeto do estorno, estão relacionadas nos quadros de fls. 15/25, onde consta também os valores do ICMS devido e indicação do número do Livro Registro de Entradas e respectiva fls. onde foi lançado.

As notas fiscais e cópias do Livro Registro de Entradas e Livro Registro de Apuração do ICMS que confirmam o aproveitamento do imposto estão anexadas às fls. 65/1.050.

As informações relativas aos Atos de Inidoneidade estão anexadas às fls. 27/59.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os documentos fiscais foram declarados falsos/inidôneos nos termos dos artigos 133 e 134, incisos I, II e III do RICMS/96.

O crédito tributário foi formalizado em 03.06.02, posteriormente às datas de publicação atos declaratórios.

O Ato Declaratório de Inidoneidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina os seus efeitos “ex tunc”, pois não é o Ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a sua publicação no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória e não natureza normativa.

De conformidade com o disposto no artigo 4º da Resolução nº 1.926/89, é facultado ao contribuinte que tenha efetuado registro de documento fiscal inidôneo ou falso promover o recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, desde que assim o faça antes da ação fiscal.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso V, do RICMS/96, uma vez que não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto.

Os documentos de fls. 1.138/2.072 apresentados pela Autuada (recibos de pagamento de duplicatas) não se prestam para modificar o feito fiscal, tendo em vista que não se discute a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas ou falsas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações.

A Impugnante diz que o direito ao crédito do imposto surge no momento da entrada da mercadoria, ou na utilização de serviços pelo estabelecimento. No entanto, em se tratando de documento falso/inidôneo, como no presente caso, o RICMS/96 veda o aproveitamento do respectivo crédito do ICMS (salvo na hipótese da comprovação do recolhimento do imposto pelo remetente) não competindo ao Fisco negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Realmente, o aproveitamento de crédito do ICMS está previsto na Constituição Federal, no entanto, para o seu aproveitamento, o contribuinte deve observar as normas previstas no Regulamento do ICMS.

Com relação às consultas feitas pela Impugnante no SINTEGRA e na SEF, de empresas que afirma estarem ativas, concorda-se com a fiscalização que o fato de referidas empresas constarem como habilitadas ou ativas, não quer dizer que as notas fiscais por elas emitidas sejam idôneas.

A Autuada indaga o motivo que as notas fiscais emitidas por Mardki Com. e Rep. Ltda., Mercantil Porto Rico Ltda. e Empório Real Ltda. foram declaradas inidôneas, uma vez que estão ativas.

Verifica-se que os referidos documentos foram declarados inidôneos, por não serem autorizados, conforme informação nos autos às fls. 47 e 49.

Com relação à Empório Real Ltda., informa-se que não foram estornadas ou desconsideradas notas fiscais desta empresa.

Relativamente ao Auto de Infração nº 01.000139568.91 da TAM Distribuidora Ltda. citado pela Impugnante a fls. 1.072, observa-se que ele não se trata de exigência de ICMS referente às notas fiscais emitidas por aquele estabelecimento. O mencionado PTA se restringiu ao estorno de crédito pelo extravio da 1ª via das notas fiscais de entrada, conforme Consulta de Relatório de AI, anexada a fls. 1.100. Não se trata, então, de lançamento em duplicidade, como entendeu a Autuada.

Quanto às empresas Leiva Comércio Ltda., Carabuce Com. e Rep. Ltda. e PE JOTA Comercial Ltda., citadas pela Autuada, nota-se que a primeira não tem existência de fato, enquanto que as demais encerraram irregularmente suas atividades, conforme informações do SICAF às fls. 46, 30 e 53, respectivamente.

Com relação às cópias dos DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS), apresentadas pela Autuada, doc. fls. 1.103/1.137, ressalta-se que não se prestam para ilidir o feito fiscal, uma vez que, conforme demonstrado pela fiscalização às fls. 2.125/2.129 foram adulterados/falsificados, haja vista que estão divergentes com os dados que constam dos cadastros da SEF/MG.

A Autuada entende indevida a cobrança da Multa Isolada, relativamente ao período de maio/97 a dezembro/97, face a inexistência de previsão legal para a sua exigibilidade, ao argumento que apenas com o advento da Lei n.º 12.729/97, que começou a produzir efeitos a partir de 31.12.97, é que se deu a alteração do inciso X do artigo 55, acrescentando-lhe a aplicação da penalidade pela emissão ou utilização de documentos inidôneos.

No entanto, verifica-se que a aplicação da Multa Isolada relativamente ao mencionado período está em conformidade com o art. 55, inciso X da Lei n.º 6.763/75, vigente à época, uma vez que a multa de 40% foi aplicada apenas sobre as notas fiscais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Comercial Santo Inácio Ltda., que foram declaradas falsas, pois emitidas por empresa fictícia (Ato Declaratório a fls. 31), conforme consta da relação de fls. 16.

A Autuada diz, ainda, que a multa aplicada tem efeito de confisco, que é vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso VI.

No entanto, o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade.

Reza a CF/88, em seu art. 150, inciso IV “*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*”.

A Teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

Com relação à aplicação da taxa SELIC, salienta-se que, segundo o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763/75, para a correção de débitos estaduais e para o cálculo dos juros moratórios, deverão ser observados os mesmos critérios adotados para os débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880, de 13.10.97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece em seu art. 1º que os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Tendo em vista que a aplicação da taxa SELIC para correção de créditos tributários está prevista na legislação tributária, não compete ao CC/MG negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

A Autuada entende que a Fazenda Pública Estadual não pode exigir o crédito tributário relativamente ao período de abril/97 a junho/97, ao fundamento que, em se tratando de imposto sujeito à sistemática do lançamento por homologação, deve ser aplicada a norma do art. 150 § 4º do CTN, a contagem do prazo decadencial, no caso 05 (cinco) anos, inicia-se a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação, e o Auto de Infração em questão foi recebido após expirado esse prazo, no dia 17.06.02.

Não se faz correto tal entendimento, eis que no presente caso, não se aplica o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, uma vez afastada a presunção legal de homologação tácita, aplicando-se a regra geral contida no art. 173 do CTN.

Nos termos do art. 173 inciso I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.”

Já o parágrafo único do referido artigo estabelece que “o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso de prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

De acordo com o entendimento do Procurador da Fazenda Pública Estadual, Professor José Alfredo Borges, “a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado-membro ou o Distrito Federal têm 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.”

Postula, ainda, que “caso a autoridade lançadora notifique o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável à formalização do crédito tributário antes do termo indicado no parágrafo anterior, o termo inicial para as operações abrangidas pela referida medida preparatória notificada ao sujeito passivo fica antecipado para a data em que ocorrer a mencionada notificação.”

Dessa forma, no período de abril a junho/97, a contagem de prazo para a Fazenda Pública Estadual proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01.01.98, findando-se em 31.12.02, data posterior ao recebimento do Auto de Infração.

A Coobrigada pede a sua exclusão da lide, ao fundamento que não possui com a Autuada nenhuma relação capaz de justificar qualquer responsabilidade tributária.

Conforme esclarece a fiscalização, após ter conhecimento das Alterações Contratuais (6ª e 7ª) da empresa, doc. fls. 2.077/2.094, procedeu a inclusão da sucessora como Coobrigada, a fim de viabilizar a discussão de tal procedimento na esfera administrativa, em face do princípio constitucional da ampla defesa.

As alterações detalhadas pelo Fisco que motivaram a inclusão da empresa Deli Gourmet Ltda. como Coobrigada foram as seguintes:

Conforme 6ª Alteração Contratual, doc. fls. 2.077/2.085, incluiu-se na sociedade, com 81,85% de participação no capital da Casa do Whisky Ltda, a sócia Timeli Empreendimentos e Participações Ltda.

Mediante a 7ª Alteração Contratual, doc. fls. 2.086/2.094, ocorre a cisão da sociedade controladora da Autuada, a Timeli com a sociedade controladora da empresa Deli Gourmet Ltda., IC Empreendimentos e Participações Ltda., com a versão de 255.800 quotas (40,93% do capital social) da Casa do Whisky Ltda para a empresa Deli Gourmet Ltda, sendo o pagamento feito pela versão de bens, direitos e obrigações da primeira para a segunda.

Como ressaltado pelo Fisco, o estabelecimento matriz da Casa do Whisky Ltda foi transferido da Av. do Contorno, 6.047, para a Rua Caldas da Rainha, 1.621, Bairro S. Francisco, sendo transferida para a Av. do Contorno, 6.047, a empresa Deli

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gourmet Ltda, que exerceria no endereço basicamente o mesmo tipo de comércio ali exercido anteriormente pela Casa do Whisky Ltda.

O Fisco informa, ainda, que as sócias da Deli Gourmet Ltda e da IC Empreendimentos Ltda são parentes (filhas) do sócio-gerente da Casa do Whisky Ltda e da Timeli.

Conforme parecer da Procuradoria Regional da Fazenda, doc. fls. 2.184/2.190, em atendimento à consulta formulada pelo Fisco, doc. fls. 2.182/2.183, tendo em vista as alterações contratuais, é patente a responsabilidade tributária da empresa Deli Gourmet Ltda relativamente ao presente crédito tributário, tendo em vista a sucessão negocial definida pelo artigo 133 do CTN.

O referido dispositivo dispõe que:

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

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

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

Entende-se que, embora os sócios de quaisquer das empresas envolvidas mesmo sendo Coobrigados, não precisariam ser incluídos, nesse momento, na CDA, podendo sê-lo diretamente na fase judicial, para evitar futuras alegações de nulidade do PTA, sugere a intimação da empresa, procedendo-se, assim, à revisão do lançamento.

Pelos resultados das diligências promovidas pelo Fisco, relatadas às fls. 2.179/2.180, conclui-se que, efetivamente, ocorreu uma sucessão, uma vez que parte substancial do patrimônio da Casa do Whisky Ltda. foi transferido para a empresa Deli Gourmet Ltda.

O Fisco procedeu à revisão do lançamento, inserindo no Auto de Infração o nome da empresa Deli Gourmet como responsável solidária.

Entende-se, como demonstrado pela fiscalização, que a Coobrigada efetivamente adquiriu um estabelecimento/fundo de comércio, abrangendo, dentre outros, o ponto, equipamentos ali instalados, assunção de empregados, clientela, hipótese abrangida pelo artigo 133 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Parecer da Procuradoria da Fazenda Estadual, fls. 2.184/2.190, confirma esse entendimento.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também reconhece que ocorre a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária, quando uma empresa transfere para outra do mesmo grupo familiar o seu capital social, e continua a explorar o negócio no mesmo endereço, ainda que com outra razão social, conforme cópia do Agravo n.º 000.208.335-0/00, doc. fls. 2.326/2.333.

A Fazenda Pública Estadual não está questionando a cisão, mas sim nomeando como responsável tributária a sucessora da empresa devedora, com fulcro no artigo 133 do CTN.

Os esclarecimentos prestados pela Autuada e as diligências promovidas pelo Fisco demonstram que a Coobrigada é a sucessora da Autuada.

Portanto, reputam-se legítimas as exigências fiscais, e correta a eleição da Coobrigada como responsável tributária.

Adverte-se que não se faz necessária a abertura de vista das telas do SICAF e cópia da publicação do “Minas Gerais”, uma vez que as informações nelas contidas já eram do conhecimento da Autuada e Coobrigada, pois foram publicadas no Diário Oficial do Estado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, rejeitar a proposição da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) para concessão de prazo de 30 dias, para recolhimento do ICMS devido, monetariamente atualizado e com multa de mora aplicável, referentes aos casos em que os atos declaratórios foram publicados posteriormente ao TIAF. Vencido, além da mencionada Conselheira, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia. Ainda em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o Lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências fiscais relativas aos documentos cujos atos declaratórios foram publicados posteriormente ao TIAF e ainda aqueles em que esteja comprovado nos autos o pagamento das operações. Vencido, também em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que excluía ainda a Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária. Sustentou oralmente, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz. Participou também do julgamento, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 13/05/03.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

JLR/EJ