

Acórdão: 2.864/03/CE Rito: Ordinário
Recursos de Revisão: 40.060110236-30 – 40.060110237-11
Recorrentes: Casa do Whisky Ltda. (Autuada); Deli Gourmet Ltda. (Coobr.)
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Carlos Roberto Ribeiro
PTA/AI: 01.000140199-04
Inscr. Estadual: 062.763610.0087 (Autuada); 062.154909.0010 (Coobrigada)
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO – Em se tratando de sucessora, a empresa Deli Gourmet Ltda. deve responder pelo crédito tributário, face ao disposto no artigo 133 do CTN. Legítima sua inclusão no pólo passivo da exigência fiscal.

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, V, do RICMS/96. Legítimas as exigências fiscais de ICMS, MR e da MI prevista no art. 55, X, da Lei n.º 6763/75.

Recursos de Revisão conhecidos, à unanimidade, e não providos, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais declarados falsos e inidôneos.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.111/03/1.ª, pelo voto de qualidade, manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

Inconformadas, as Recorrentes interpõem, tempestivamente, por intermédio de seus representantes legais, os Recursos de Revisão de fls. 1.705/1.725 e 1.726/1.746, respectivamente.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.752/1.757, opina, em preliminar, pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo não provimento de ambos.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, transcreve-se abaixo o seu inteiro teor como fundamentação da presente decisão.

“Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis os presentes Recursos de Revisão.

Quanto ao mérito, todavia, improcedem os recursos.

No terreno das preliminares, porque os documentos acostados aos autos identificam com clareza todas as informações acerca da inidoneidade/ falsidade atribuída aos documentos fiscais (fls. 18/37 e 1.692/1.693), não existindo o alegado cerceamento de defesa.

Nem há que se decretar a nulidade do AI, por não ter-se levado a cabo o procedimento administrativo de apuração das irregularidades conferidas aos documentos. Não. É que, ao contrário do proposto pelas Recorrentes, tal procedimento investigativo, como condição para efetuar-se a declaração de inidoneidade/ falsidade, de fato ocorreu, e tem ele natureza inquisitória, ressalvada a possibilidade da contradita daqueles contra quem diretamente se volta a medida, no caso, os supostos emitentes dos documentos fiscais.

A relação é travada, pois, entre a Fazenda Pública e o emitente do documento. Só a ele cabe opor-se ao procedimento administrativo. Ao terceiro atingido, nada obstante, reserva a legislação tributária (Portaria n.º 2.708/89) o direito de recolher o imposto por ventura devido, com os acréscimos legais, sem as penalidades advindas de ação fiscal. A isso, bem verdade, as Recorrentes não atentaram.

Melhor sorte também não se lhes avista ao adentrar-se no conteúdo do lançamento.

Com efeito, a responsabilidade por sucessão da *Deli Gourmet Ltda* (Coobrigada), provém da recepção do acervo patrimonial da Autuada - seu fundo de comércio -, manifestada através da instalação em ponto comercial em que antes funcionava a sucedida, absorção de bens do ativo permanente, assunção de empregados, manutenção de clientela, e, inclusive, utilização da própria expressão fantasia característica da empresa - *Casa do Whisky*.

Mas não é só. De acordo com as informações prestadas pelo Fisco, fls. 1.502, e tendo em vista os contratos sociais da Autuada e Coobrigada, há relação de parentesco entre os sócios de ambas; sem embargo de que após os ajustes contratuais efetuados, a realidade sobrevinda revela modificação do empreendimento até então conduzido pela Autuada¹.

¹ Vide informação do Fisco, às fls. 1.503: “Por outro lado, com relação à Casa do Whisky, em que se transformou a sociedade comercial? Foi reduzida a uma empresa instalada em um galpão alugado no Bairro São Francisco, em que trabalham apenas 2 (dois) funcionários conforme fichas de empregados (ANEXO 8), e onde, além do estoque, observa-se a presença de apenas alguns poucos móveis e utensílios.”

Em circunstâncias como estas, como bem acusa a *d.* Procuradoria da Fazenda Estadual (PFE), a responsabilidade por sucessão decorre do art. 133, do CTN (fls. 1.507/1.513).

Já quanto a prática propriamente dita, o creditamento sustentado em documentação fiscal falsa/ inidônea infringe o disposto no art. 70, V, do RICMS/96, somente prevalecendo quando comprovado que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago. Tal comprovação é ônus que recai sobre o apropriador do crédito inidôneo, consoante se desume do mencionado dispositivo regulamentar.

Há, em verdade, presunção da legislação tributária de que na operação acobertada por documento fiscal falso/ inidôneo não se terá o recolhimento do imposto correspondente (art. 89, I c/c 149, I, do RICMS/96), por isso é exigida, antes do creditamento, a comprovação da adimplência.

Pois bem, as Recorrentes não se dignaram demonstrar a materialização da circunstância que teria poder de elidir suas responsabilidades, através da prova de que o imposto consignado nas notas fiscais falsas/ inidôneas fora a tempo e modo recolhido; logo, não pode prosperar o crédito.

Por outro lado, a responsabilidade erigida da apropriação de ICMS destacado em documento fiscal falso/ inidôneo, na inteligência do art. 70, V, do RICMS/96 c/c o art. 136 do CTN, tem natureza objetiva. Não se perquire quaisquer que sejam os elementos que cercaram o creditamento, inclusive a ocorrência efetiva da operação e o pagamento do preço de aquisição da mercadoria ou mesmo a boa-fé.

Pretende-se, ainda, caracterizar o ato declaratório de falsidade/ inidoneidade como ato normativo descrito no art. 100, I, do CTN, com vigência regulada pelo art. 103, I, do referido Código.

Sem razão, entretanto.

A natureza do ato declaratório é mesmo declarativa de situação preexistente, e não normatizadora. Aos atos administrativos normativos aplica-se o regramento invocado. Aos declaratórios, não. Para estes, vale a precisa lição de Aliomar Baleeiro, para quem:

(...) o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas.

Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (*ex tunc*)².

Restam os argumentos sustentados na ilegalidade dos juros moratórios calculados com base na SELIC, e na confiscatoriedade das multas aplicadas.

Mas ambos encontram óbice à apreciação por esta *e.* Câmara Especial, em virtude do comando insculpido no art. 88, I, da CLTA/MG, que retira do campo de

² BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização e notas de Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 782.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apreciação administrativa do lançamento, as alegações que tenham por objeto afastar a incidência da legislação tributária estadual.

Apenas merece atenção a afirmativa de que a nova redação do art. 55, X, da Lei n.º 6.763/75, dada pela Lei n.º 12.729/97, atingiu as irregularidades incorridas antes da sua vigência - período anterior a 31/12/1997 - alcançando a hipótese de utilização de documentos fiscais inidôneos, quando esta previsão não existia.

Porém tal não procede, porque nesse período referida penalidade recaiu tão somente sobre os documentos fiscais relacionados a *Comercial Santo Inácio Ltda* (fls. 10), os quais foram reputados falsos, nos termos do art. 133 da RICMS/96. Nenhum documento inidôneo foi por ela sancionado.

Enfim, todas essas circunstâncias vêm-se explicitadas no *v.* decisório guerreado, que bem articulou os motivos que determinaram o reconhecimento da correção do trabalho fiscal, como de igual maneira o fez o bem elaborado Parecer da *d.* Auditoria Fiscal, de fls. 1.673/1.691. Neles rebateu-se a exaustão os argumentos então expendidos pela defesa.

Por essa razão, cumpre aos fundamentos destas *r.* peças remeter-se, sendo eles suficientes para sustentar a legitimidade do lançamento.”

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento aos mesmos. Vencidos, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator), que lhes dava provimento parcial para excluir apenas as exigências referentes aos documentos cujos atos foram publicados posteriormente ao TIAF, e os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Windson Luiz da Silva, que excluam, ainda, as exigências relativas às notas fiscais que tenham comprovante de pagamento. Designado Relator o Conselheiro José Eymard Costa. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Cláudia C. Lopes Lara e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 22/08/03.

José Luiz Ricardo
Presidente

José Eymard Costa
Relator