

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.838/15/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000187597-91
Impugnação: 40.010134249-39
Impugnante: COMCAFÉ - Comercial Coqueiral de Café, Cereais e Sacarias Ltda.
IE: 001504631.00-23
Coobrigados: Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho
CPF: 031.269.358-34
João Baptista de Paula
CPF: 050.209.996-87
Paula da Fonseca Kannebley
CPF: 288.669.468-18
Proc. S. Passivo: Dalton de Oliveira Braga
Origem: DF/Varginha

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos o poder de gerência dos sócios administradores pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Rerratificação do lançamento pelo Fisco para restringir a responsabilidade solidária apenas ao período em que a Coobrigada Paula da Fonseca Kannebley respondia pela empresa e, inclusão do Espólio do sócio Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho, em razão de seu falecimento à data da intimação da lavratura do Auto de Infração, nos termos do art. 131, inciso III do CTN.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO SEM ORIGEM – ENTRADAS NÃO COMPROVADAS. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS, sem a apresentação da respectiva documentação comprobatória da entrada das mercadorias em território mineiro, a teor da regra contida no art. 63, §§ 3º a 7º do RICMS/02. Exigências do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VI, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de janeiro a novembro de 2012, por falta de comprovação da efetiva entrada das mercadorias.

Foram exigidas as parcelas de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso IV, adequada ao disposto no § 2º do mesmo dispositivo da mencionada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 239/241 e requer, ao final, a procedência da peça de Defesa.

O Fisco lavra o Termo de Rerratificação de fls. 238, incluindo no polo passivo a sócia administradora Paula da Fonseca Kannebley, intimando as partes conforme “AR” de fls. 485/487.

Em seguida, em manifestação de fls. 499/508, o Fisco refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em fls.513/520 emite seu parecer, opinando pela procedência parcial do lançamento para, mantendo-se as exigências fiscais: a) delimitar a responsabilidade da sócia Paula da Fonseca Kannebley, a partir de 08/11/12; b) excluir o Coobrigado Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho do polo passivo da obrigação tributária.

Em 10/12/13, a 2ª Câmara de Julgamento, à unanimidade, converteu o julgamento em diligência para que a Fiscalização, analisasse a aplicação, ao caso presente, do disposto no art. 131, inciso III do CTN, tendo em vista o espólio noticiado nos autos. Em seguida, vista à Impugnante pelo prazo regulamentar.

A Fiscalização promoveu a rerratificação do lançamento às fls. 523/524, excluindo o Coobrigado Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho, em razão de seu falecimento. Em substituição, foi incluído como responsável o Espólio de Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho, representado pela Sra. Sheila Maria José Tiso, com quem mantinha relação de união estável.

Além disso, a responsabilidade solidária da sócia Paula da Fonseca Kannebley foi alterada para abranger apenas o período em que participava da empresa, ou seja, a partir de 08/11/12.

Em seguida, as Coobrigadas foram cientificadas da rerratificação do lançamento, conforme documentos de fls. 526/527.

Apesar de não ter sido intimada, a Impugnante compareceu aos autos às fls. 528/530, aduzindo que a decisão da 2ª Câmara de Julgamento, que previa a abertura de “vista à Impugnante pelo prazo regular” após a análise do Fisco, não foi respeitada.

Requer a abertura de prazo para sua manifestação, sob pena de se configurar cerceamento à defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Administração Fazendária de Três Pontas/MG reabriu o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação aos Coobrigados Espólio de Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho (fls. 531/533), Paula da Fonseca Kannebley (fls. 535/537), João Batista de Paula (fls. 539/541) e a própria Autuada (fls. 542/545).

A Impugnante volta a se manifestar às fls. 554/555 e pede a exclusão do Coobrigado Espólio de Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho do polo passivo da autuação.

Sem seguida, o Fisco se manifesta novamente às fls. 565/566, refutando os argumentos da Impugnante e pedindo a procedência do julgamento.

A Assessoria do CC/MG, em fls. 567/570 opinou, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos do Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 523/524.

DECISÃO

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

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de janeiro a novembro de 2012, por falta de comprovação da efetiva entrada das mercadorias.

Os créditos estornados relativos às notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 09/13 foram levados à recomposição da conta gráfica (fls. 14/15).

Insta registrar que o Fisco, conforme intimação de fls. 5/6 e Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF de fls. 7/8 intimou a Autuada a apresentar a documentação necessária à comprovação das operações de aquisição de café junto aos fornecedores Marcio do Prado Mota, Fernando de Oliveira de Manoel Vitorino, Brasagro Empresa Brasileira AG e IC da Silva, sediados respectivamente em Teixeira de Freitas/BA, Manoel Vitorino/BA, São Paulo/SP e Eunápolis/BA.

Para comprovação da real entrada das mercadorias, solicitou o Fisco a apresentação dos seguintes documentos: conhecimento de transporte, comprovante de recolhimento do ICMS sobre as prestações de serviço de transporte, comprovante de recolhimento do ICMS devido na operação e contrato de compra e venda firmado entre as partes.

Não obtendo qualquer resposta, o Fisco estornou os créditos vinculados aos remetentes mencionados, por falta de comprovação da efetiva entrada das mercadorias,

A Impugnante afirma que as notas fiscais eletrônicas são emitidas por contribuintes cadastrados e em situação regular junto aos estados remetentes, cabendo ao Fisco requerer junto ao Estado da Bahia as informações que lhe foram solicitadas.

Cumprido registrar que, em se tratando de operações com café cru, a legislação do imposto apresenta determinadas condições para fruição do crédito, conforme dispõe o art. 63, §§ 3º a 7º do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 63. O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções estabelecidas na legislação tributária e nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º e no § 6º deste artigo.

(...)

§ 3º O adquirente de arroz, café cru, feijão, milho ou soja, provenientes de outra unidade da Federação, somente terá direito ao crédito do respectivo imposto se:

I - comprovar a efetiva entrada da mercadoria no Estado;

II - o imposto estiver corretamente destacado na nota fiscal; e

(...)

§ 4º Na hipótese do inciso I do § 3º deste artigo, a efetiva entrada da mercadoria no Estado será comprovada mediante aposição de Carimbo Fiscal de Trânsito na nota fiscal que acobertar a operação ou no DANFE, no primeiro Posto de Fiscalização por onde transitar a mercadoria

5º Na falta da comprovação da efetiva entrada da mercadoria no Estado na forma prevista no § 4º, a comprovação da operação se dará por meio de outros documentos, os quais, isolada ou cumulativamente, possam fazer prova da mesma, tais como:

I - comprovante de pagamento do valor da operação e da prestação de serviço de transporte, quando esta ocorrer sob cláusula FOB;

II - comprovante de pagamento do ICMS relativo à operação e à prestação de serviço de transporte;

III - conhecimento de transporte relativo à prestação de serviço de transporte vinculada à operação;

IV - contrato firmado entre as partes envolvidas, desde que revestido das formalidades legais e com pertinência cronológica e material com a referida operação e prestação de serviço de transporte.

§ 6º Tratando-se de NF-e ou CT-e, o crédito somente será permitido se o documento foi devidamente autorizado e se encontrar em situação regular na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 7º Os documentos a que se refere o § 5º deverão ficar à disposição do Fisco a partir do 5º (quinto) dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento e durante o prazo decadencial para exigência do imposto.

Assim, ao deixar de apresentar a documentação comprobatória da entrada da mercadoria em território mineiro, a Autuada não faz jus ao crédito destacado nos documentos relacionados na planilha de fls. 09/13.

Assim, não havendo provas inequívocas de realização das operações, revelam-se corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso IV, ajustada ao disposto no § 2º do citado dispositivo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Responsabilidade tributária

Imputou o Fisco a responsabilidade tributária aos sócios João Baptista de Paula e Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Posteriormente, após análise das informações lançadas na impugnação, o Fisco lavrou o Termo de Rerratificação do lançamento, de fls. 238, incluindo no polo passivo a sócia-administradora Paula da Fonseca Kannebley, que entrara na sociedade em 08/11/12.

Insta destacar que o Fisco, ao encaminhar às partes a cópia do termo de inclusão de responsabilidade tributária de Paula Fonseca, destinou a correspondência, conforme "AR" de fls. 485, ao estabelecimento da Autuada, quando deveria fazê-lo ao procurador constituído nos autos, a teor do que dispõe o art. 11 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto 44.747/08.

Entretanto, por se tratar de inclusão de Coobrigado e não de alteração do crédito, entende-se que a regra contida no mencionado dispositivo pode ser mitigada, uma vez que a Autuada nada teria a acrescentar em sua Defesa.

Registre-se que a inobservância do teor da segunda alteração contratual, por parte do Fisco, não constitui causa para nulidade do lançamento, admitindo, apenas, a correção efetuada no lançamento.

O inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75 assim dispõe:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante a sócia Paula da Fonseca Kannebley, a limitação de sua responsabilidade ao período de 08/11/12 a 31/12/12 mostra-se adequada, posto que a alteração contratual na qual ela foi incluída como representante da empresa, somente foi depositada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG) em 08/11/12, sendo essa a data inicial a partir da qual seriam válidos os atos por ela praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

A responsabilidade do sócio João Baptista de Paula sequer foi questionada pela Impugnante, sendo certo que, em se tratando de simulação de operações, deve o sócio administrador responder solidariamente pelo crédito tributário.

Por outro lado, a Impugnante informa sobre o falecimento do sócio Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho, destacando que, nos termos do parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional – CTN, no tocante às penalidades, somente será exigida as de caráter moratório.

Destaca, ainda que, em decorrência do falecimento de um dos sócios, os herdeiros não estão sujeitos à cobrança de ICMS e multas.

A medida determinada pela 2ª Câmara de Julgamento (fls. 521) pretendia a análise da responsabilidade solidária do sócio falecido, o Sr. Edelberto Porchat de Assis Kannebley Filho, à luz do disposto no art. 131, inciso III do CTN:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

(...)

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Por meio do Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 523/524, o Fisco promoveu a exclusão do Coobrigado Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho, em razão de seu falecimento, ocorrido em 24/12/12, conforme certidão de óbito de fls. 244. Ato contínuo, o Fisco promoveu a inclusão do Espólio de Edelberto Porchat de Assis Kannabley Filho na condição de Coobrigado, conforme preceitua o art. 131, inciso III do CTN, retrotranscrito.

Considerando que não consta dos autos informações sobre a existência de inventariante compromissado no que tange ao inventário do *de cujus*, adequadamente o Fisco promoveu a intimação da inclusão do Espólio como Coobrigado pelo crédito tributário à companheira que com ele vivia em união estável, a Sra. Sheila Maria José Tiso, representante da herança por força do disposto no art. 1.797, inciso I do Código Civil de 2002:

Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

(Grifou-se)

O argumento de que não existe herança e que por isso o espólio deve ser excluído do polo passivo não merece guarida, na medida em que não está comprovado

por nenhum documento nos autos e, ainda, porque não altera a responsabilidade da intimada pela administração de eventual herança porventura existente.

Salienta-se que a intimação da Sra. Sheila Maria José Tiso se deu na mera condição de responsável pela herança sem inventariante compromissado, não alcançando, de forma alguma, eventuais bens pessoais de que disponha, os quais não se comunicam com o *de cujus* em razão do regime de separação de bens por eles adotado, conforme certidão de união estável de fls. 557.

Relativamente à responsabilidade pelas multas, cumpre destacar que não se aplica ao caso o disposto no art. 134 do CTN, mas sim a regra do art. 135 do mesmo diploma legal, que atribui responsabilidade às obrigações tributárias em decorrência de atos praticados pelos sócios-gerentes, respondendo, assim, pelo conjunto do crédito tributário.

Ao tratar da questão da responsabilidade sucessória em relação às penalidades, o Superior Tribunal de Justiça – STJ se pronunciou no sentido de que a responsabilidade do sucessor atinge tributos e multas, independentemente da redação do Código Tributário Nacional – CTN.

No REsp 923012 MG 2007/0031498-0, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, proferiu-se decisão no seguinte sentido:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR ABRANGE, ALÉM DOS TRIBUTOS DEVIDOS PELO SUCEDIDO, AS MULTAS MORATÓRIAS OU PUNITIVAS, QUE, POR REPRESENTAREM DÍVIDA DE VALOR, ACOMPANHAM O PASSIVO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO SUCESSOR, DESDE QUE SEU FATO GERADOR TENHA OCORRIDO ATÉ A DATA DA SUCESSÃO. (PRECEDENTES: RESP 1085071/SP, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 21/05/2009, DJE 08/06/2009; RESP 959.389/RS, REL. MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 07/05/2009, DJE 21/05/2009; AGRG NO RESP 1056302/SC, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 23/04/2009, DJE 13/05/2009; RESP 3.097/RS, REL. MINISTRO GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 24/10/1990, DJ 19/11/1990) 2. "(...) A HIPÓTESE DE SUCESSÃO EMPRESARIAL (FUSÃO, CISÃO, INCORPORAÇÃO), ASSIM COMO NOS CASOS DE AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO COMERCIAL E,

PRINCIPALMENTE, NAS CONFIGURAÇÕES DE SUCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DO TIPO SOCIETÁRIO (SOCIEDADE ANÔNIMA TRANSFORMANDO-SE EM SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, V.G.), EM VERDADE, NÃO ENCARTA SUCESSÃO REAL, MAS APENAS LEGAL. O SUJEITO PASSIVO É A PESSOA JURÍDICA QUE CONTINUA TOTAL OU PARCIALMENTE A EXISTIR JURIDICAMENTE SOB OUTRA "ROUPAGEM INSTITUCIONAL". PORTANTO, A MULTA FISCAL NÃO SE TRANSFERE, SIMPLEMENTE CONTINUA A INTEGRAR O PASSIVO DA EMPRESA QUE É: A) FUSIONADA; B) INCORPORADA; C) DIVIDIDA PELA CISÃO; D) ADQUIRIDA; E) TRANSFORMADA. (SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, IN CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, ED. FORENSE, 9ª ED., P. 701).

(...)

No mesmo sentido o REsp 670.224/RJ:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. CDA. APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133 DO CTN.

(...)

2. OS ARTS. 132 E 133 DO CTN IMPÕEM AO SUCESSOR A RESPONSABILIDADE INTEGRAL, TANTO PELOS EVENTUAIS TRIBUTOS DEVIDOS QUANTO PELA MULTA DECORRENTE, SEJA ELA DE CARÁTER MORATÓRIO OU PUNITIVO. A MULTA APLICADA ANTES DA SUCESSÃO SE INCORPORA AO PATRIMÔNIO DO CONTRIBUINTE, PODENDO SER EXIGIDA DO SUCESSOR, SENDO QUE, EM QUALQUER HIPÓTESE, O SUCEDIDO PERMANECE COMO RESPONSÁVEL. É DEVIDA, POIS, A MULTA, SEM SE FAZER DISTINÇÃO SE É DE CARÁTER MORATÓRIO OU PUNITIVO; É ELA IMPOSIÇÃO DECORRENTE DO NÃO-PAGAMENTO DO TRIBUTO NA ÉPOCA DO VENCIMENTO.

3. NA EXPRESSÃO "CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS" ESTÃO INCLUÍDAS AS MULTAS MORATÓRIAS. A EMPRESA, QUANDO CHAMADA NA QUALIDADE DE SUCESSORA TRIBUTÁRIA, É RESPONSÁVEL PELO TRIBUTO DECLARADO PELA SUCEDIDA E NÃO PAGO NO VENCIMENTO, INCLUINDO-SE O VALOR DA MULTA MORATÓRIA.

4. PRECEDENTES DAS 1ª E 2ª TURMAS DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.

5. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Tais decisões estão alinhadas ao disposto no art. 129 do CTN, que assim dispõe:

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

No caso do sócio falecido, não obstante a escrituração dos créditos destacados em notas fiscais que não correspondem às operações realizadas ter ocorrido no período de sua gestão dos negócios, em decorrência do seu falecimento a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário se transfere ao espólio, a teor do que dispõe o art. 131, inciso III do CTN.

Noutra toada, pede a Autuada que eventual responsabilidade pelos créditos indevidos seja atribuída ao contabilista da empresa, por força do disposto nos arts. 1.177 e 1.182 do Código Civil de 2002.

Quanto a isso, cumpre destacar que a ausência de imputação de responsabilidade ao contabilista não torna nulo o Auto de Infração, uma vez que a responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da Rerratificação de Lançamento de fls. 523/524, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor) e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 19 de agosto de 2015.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Fernando Luiz Saldanha
Relator

T