

Acórdão: 23.860/21/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001750621-27
Impugnação: 40.010151124-62 (Coob.), 40.010151125-35 (Coob.)
Impugnante: Sporter Comércio de Alimentos Eireli (Coob.)
IE: 002663077.05-36
Vinícius Aguiar Araújo (Coob.)
CPF: 084.729.056-59
Autuado: F4y Suplementos e Acessórios Esportivos Eireli
IE: 001690479.00-08
Coobrigado: João Vitor Borges Mercaldi
CPF: 075.748.646-08
Proc. S. Passivo: Tarcísio da Silva Viana Júnior
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição do titular da empresa autuada para o polo passivo da obrigação tributária, uma vez que restou evidenciado nos autos a prática de atos com infração de lei, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c o art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O Coobrigado é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 135, inciso III, do CTN.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA – CORRETA A ELEIÇÃO. Em face dos elementos fáticos trazidos pelo Fisco, resta evidenciada a sucessão empresarial, estando correta a responsabilização da empresa sucessora, nos termos do inciso I do art. 133 do CTN.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com os valores declarados em DAPI no mesmo período, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, com adequação ao disposto no § 2º, inciso I deste artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO. Constatado pelo Fisco, no momento da diligência fiscal, o estoque mercadorias desacobertadas de notas fiscais em estabelecimento sem inscrição estadual. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, com adequação ao disposto no § 2º, inciso I deste artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada a entrada de mercadorias, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, desacobertadas de documentação fiscal. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - RECOLHIMENTO A MENOR. Constatação de consignação na DAPI de valor de ICMS a menor que o devido, tendo em vista a base de cálculo consignada no referido demonstrativo e alíquota do imposto aplicável às mercadorias comercializadas. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender a intimação, por meio do AIAF, para apresentação de documentação/informação fiscal. Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV e 190 do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

Irregularidade 1: saídas de mercadorias (suplementos alimentares, congêneres e acessórios esportivos, dentre outros) desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/01/17 a 31/09/19. Exige-se ICMS (alíquota de 18%), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no § 2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 2: venda de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal (estoque), em 25/11/19. Exige-se ICMS (alíquota de 18%), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no § 2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 3: entrada de mercadorias (sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária na etapa anterior) desacobertadas de documentação fiscal, no período de outubro de 2017 a abril de 2018. Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no § 2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 4: consignação na DAPI de ICMS a menor que o devido, tendo em vista a base de cálculo consignada no referido demonstrativo e alíquota do imposto aplicável às mercadorias comercializadas, no período de janeiro de 2017 a agosto de 2019. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 5: falta de atendimento intimação fiscal para entrega de documentos e informações (via Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF de nº 10.000035048.64, cuja intimação se deu via edital publicado em 28/07/20). Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (1.000 UFEMGs - exercício de 2020 R\$ 3,7116 - R\$ 3.711,60).

Foram eleitos para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa Autuada F4Y Suplementos e Acessórios Esportivos Eireli:

- o titular da empresa autuada **João Vitor Borges Mercaldi**, acima qualificado, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos seguintes atos de infração a lei:

- a) encerramento irregular das atividades empresariais;
- b) compra e venda de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, inclusive seu estoque final;
- c) fraude à fiscalização tributária, inserindo em suas DAPI (Declaração de Apuração do ICMS) elementos inexatos (declaração de ICMS a menor), e por fim, omitindo operação de vendas de mercadorias em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

- **Vinícius Aguiar Araújo**, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, e 124, inciso I, ambos do CTN e 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II, da Lei nº 6.763/75, pelos seguintes atos de infração a lei:

- a) Gerente “administrador” com poderes de gestão da empresa F4Y Suplementos Alimentares, inclusive, agindo com dolo no controle das vendas desacobertas de documentação fiscal;
- b) aquisição total da empresa F4Y Suplementos (Fundo de comércio, imobilizado e estoque de mercadorias) sem documentos fiscais próprios, conforme termo de declaração do mesmo e demais fatos narrados neste trabalho;
- c) servir de interposta pessoa na aquisição das empresas Sporter Comércio de Alimentos Eireli.

- a Coobrigada Sporter Comércio de Alimentos Eireli, acima identificada, nos termos do art. 133, inciso I, do CTN.

O PTA encontra-se instruído com os seguintes documentos: Auto de Apreensão e Depósito - AAD (fls. 02); Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fls. 03/04); Auto de Infração - AI (fls. 07/13); Relatório Fiscal (fls. 14/25); **Anexo 1:** Demonstrativos do Crédito Tributário (fls. 28/35); **Anexos 2 ao 8** (fls. 36/212).

Da Impugnação

Inconformados, os Coobrigados Sporter Comércio de Alimentos Eireli e Vinícius Aguiar Araújo, ora denominados Impugnantes, apresentam tempestivamente, por meio de representante legal, Impugnação às fls. 219/228.

Em síntese, são as seguintes as alegações da Defesa:

- asseveram que a impugnação não visa guerrear todo o trabalho realizado pela Fiscalização, uma vez que possui total respeito à legislação tributária nacional e mineira, mas não concordam com o fato da inclusão do empresário Vinícius Aguiar Araújo no polo passivo, o qual, comprovadamente, fora empregado da empresa alvo de fiscalização. E, no tocante à empresa “F4Y”, dizem ser injustificada a sucessão empresarial imposta a mesma;

- quanto ao Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, dizem que embora ele figurasse na posição de gerente, por ser um dos funcionários mais antigos da empresa (detinha experiência em vendas, era pessoa aplicada e dava apoio aos demais vendedores, por ter maior experiência/expertise para tal função), mas não possuía poder de decisão e administração sobre a mesma, esta ficava a cargo do seu proprietário, o “Sr. João”, real proprietário e cuja comprovação é ampla e remansosa;

- informam que, conforme declaração ao Fisco, o citado Coobrigado informou que o poder de compra, com referência à empresa F4Y, era do seu proprietário, portanto, quem fazia as compras da empresa era o Sr. João Vitor Borges Mercaldi (proprietário);

- asseveram que seria muita ingenuidade pensar que todo e qualquer gerente possui poderes de administração e também atribuir a um vendedor, que figura com *status* de gerente, a responsabilidade de emissão de documentos fiscais, decisões de compras de produtos e até mesmo sobre possíveis vendas desacobertadas de documento fiscal;

- relatam que em meados de 2019, o Sr. João Vitor Borges Mercaldi tomou a decisão de descontinuar a empresa “F4Y”, por razões desconhecidas dos funcionários, amigos ou conhecidos. Lado outro, o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo havia adquirido uma outra empresa, a “Sporter”, com intuito de concorrer com a empresa que trabalhava, vislumbrando a abertura de mercado e a possibilidade de melhorar de vida;

- dizem que, percebendo a notória descontinuidade da empresa ora autuada, viu o referido Coobrigado uma oportunidade de ampliar as atividades de sua *neo* aquisição (Sporter), uma vez que exercia o mesmo ramo de atividade e tendo em vista a possibilidade de um bom desconto na aquisição do estoque da empresa em descontinuidade;

- lembram que o desligamento do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo em relação à empresa autuada ocorreu em agosto de 2019, logo após a aquisição da empresa Sporter, e com intuito de ajudar seu ex-patrão e de ampliar as atividades de sua empresa, ofereceu comprar o estoque da empresa daquele, o imobilizado e os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pontos de comércio nos quais a “F4Y” exercia suas atividades (por serem estratégicos para a atividade de venda de produtos);

- explicam que, por questões de cunho administrativo, demorou um certo prazo até a efetivação de todos os trâmites legais para a abertura das respectivas inscrições para o funcionamento das novas filiais da Sporter, vindo a efetivar somente em dezembro de 2019;

- arguem que a real aquisição por parte do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo foi a empresa Sporter, em momento algum sua intenção foi adquirir a F4Y, se assim fosse, ele não teria adquirido a Sporter e sim a empresa que trabalhou durante 8 anos aproximadamente. Falam que não houve a intenção de adquirir a F4Y, mas tão somente o seu estoque, reaproveitar o imobilizado e os pontos;

- destacam que o fundo de comércio é composto tanto pelos bens materiais (por exemplo: ponto comercial e estoque) como imateriais (por exemplo: marca do negócio e sua clientela);

- asseveram que em nenhum momento foi utilizada a marca do negócio criado pelo “Sr. João” (F4Y), uma vez que sempre teve por objetivo criar sua própria marca, tanto que adquiriu empresa concorrente, de pessoa diversa, em momento pretérito à aquisição dos produtos vendidos pela empresa F4Y;

- concluem que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, ao comprar o estoque da empresa atuada, não continuou desenvolvendo a atividade da mesma, pois já era proprietário de uma outra empresa que já exercia tal atividade, como constatou o Fisco (cita excerto do relatório fiscal);

- dizem que o Fisco não comprovou que houve sucessão empresarial, pois a simples compra de estoque e a instalação no mesmo ponto que porventura uma outra empresa exercia ramo de atividade idêntico não se torna meio hábil de imputação de sucessão empresarial;

- falam que cada um deve assumir sua responsabilidade, não a de terceiros, pois resta claro que a empresa atuada fora descontinuada. Entendem que a vontade do Fisco “é de achar terceiros para assumirem a responsabilidade como Coobrigados, o que é absolutamente indevido”;

- alegam flagrante ameaça a outra empresa que tem buscado, nestes momentos de pandemia, manter-se no mercado. E imputar tal sucessão empresarial terá como consequência a descontinuidade não de uma, mas de duas empresas;

- ressaltam ainda que a responsabilidade tributária não se presume, sendo necessária a comprovação robusta da aquisição do fundo de comércio, ou seja, o simples fato de adquirir um estoque de uma empresa, a locação do mesmo imóvel da empresa e por consequência exercer a mesma atividade não se configura em uma sucessão empresarial;

- reportam-se a decisões judiciais que entendem corroborar a tese da defesa;

- tecem comentários acerca da responsabilidade tributária solidária dos sócios, gerentes e administradores, arguindo que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

jamais teve a competência para gerenciar a empresa autuada, sendo que esse título foi a ele dado somente para auxiliar os demais vendedores da empresa, com motivação pessoal para melhorar as vendas, colaborando com o real administrador da empresa o “Sr. João”;

- dizem que é pacífica a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que a manutenção do ponto comercial, por si só, não configura a sucessão empresarial. São transcritas ementas de decisões judiciais às fls. 225/226;

- falam que a responsabilidade tributária na sucessão empresarial ocorre quando a pessoa jurídica adquire de outra o fundo do comércio ou o estabelecimento comercial e continua a exploração da atividade econômica, com a mesma ou outra razão social, conforme art. 133 do CTN. Entretanto, conforme demonstrado, os Impugnantes não adquiriram o fundo de comércio da empresa F4Y, mas tão somente o estoque de imobilizado, bem como assumiram os pontos comerciais, em negociação direta com os proprietários;

- salientam que não houve compra de cotas empresariais; não houve pesquisas de débitos; não houve aquisição de marca; não houve pagamento por qualquer saldo, créditos futuros, negociações realizadas; não houve cadastro dos Autuados nas contas bancárias na empresa F4Y, não foi lavrada nenhuma procuração por instrumento público ou particular. Frisam que o simples fato de uma nova empresa funcionar no mesmo imóvel no qual se situava a sede de empresa irregular, não é suficiente para configuração da sucessão tributária, conforme previsto no art. 133 do CTN;

- falam que a expressão “fundo de comércio”, em linhas gerais, refere-se ao conjunto de bens físicos, como máquinas e instalações, e incorpóreos (clientela, faturamento, entre outros) que sejam adquiridos pelo inquilino para o estabelecimento;

- aduzem que ficou amplamente demonstrado que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo não adquiriu os itens incorpóreos (clientela, faturamento, entre outros) da referida empresa F4Y. sequer houve menção, por parte do Fisco, de tais requisitos, para que fosse minimamente fundamentada a alegação de sucessão empresarial;

- argumentam que a alienação do fundo de comércio é possível, mas não ocorreu no caso, lembrando que tal transação está sujeita a regras específicas, uma vez que o mesmo é garantia de seus credores. Continuam tal raciocínio alegando que o contrato, que demanda forma solene, deve ser arquivado em junta comercial, para averbação à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, e publicado pela imprensa oficial, nos termos do art. 1.144 do Código Civil, sendo que enquanto não forem providenciadas tais formalidades, a alienação não produzirá efeitos perante terceiros, sendo que a venda do estabelecimento comercial está sujeita a anuência de seus credores, portanto, não houve qualquer aquisição de fundo de comércio conforme quer fazer crer o Fisco;

- arguem ainda que não houve sucessão empresarial tendo em vista que não ocorreu incorporação, fusão, cisão ou transformação entre as referidas empresas nos termos do direito comercial.

Ao final, requerem: seja retirado do polo passivo da obrigação tributária o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, pois ele era um vendedor com *status* de gerente comum e não exercia poder de gestão, compra de produtos, demissão de funcionários, emissão de documentos fiscais, etc. Seja declarada a *não incidência* da sucessão empresarial no tocante a empresa F4Y para a empresa Sporter, pois a mesma já exercia o mesmo ramo de atividade e a única intenção fora adquirir o estoque e, porventura, os pontos que já seriam desocupados pela empresa fiscalizada, a F4Y. A devida motivação para o não acatamento dos pedidos, caso assim entenda este Conselho de Contribuintes, argumentando e motivando a negativa, sob pena de cerceamento do direito de defesa, conforme preceitos do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal/88.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 248/261, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento, aos seguintes termos:

- fala que não prospera a alegação de defesa do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo no sentido de que ele seria apenas um vendedor com “status de gerente”;

- alega que, conforme declaração do próprio Impugnante/Coobrigado (fls. 164), o referido Coobrigado era “gerente” das “03 lojas” da empresa F4Y, também conforme documento anexado pela defesa às fls. 245, a função do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo era de gerente e não de gerente de vendas ou de vendedor com *status* de gerente;

- assevera que gerenciar 03 lojas (toda cadeia de lojas da F4Y) ao mesmo tempo, demonstra a figura de um “gerente geral” e não de um mero vendedor com “status de gerente” conforme quer fazer crer a defesa;

- alega o Fisco que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo foi gerente geral da empresa F4Y, inclusive controlando compras e vendas da empresa, sendo que no caso das vendas, logrou êxito em encontrar o “controle extrafiscal”, conforme documentos digitais apreendidos no computador do mesmo, durante busca e apreensão administrativa, conforme AAD (Auto de Apreensão e Depósito) nº 012203, de fls. 02;

- assevera que o “controle extrafiscal” de vendas acima mencionado, além de constar em arquivo digital gravado em CD (Anexo 8), foi impresso e acostado aos autos às fls. 45/95;

- diz que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, gerente geral da F4Y, tornou-se “testa de ferro” do empresário João Vitor Borges Mercaldi ao participar de plano engendrado para burlar o erário público e esconder/desaparecer com patrimônio da empresa F4Y, que se encontrava sob fiscalização e que por infrações anteriores já havia sido autuada conforme Autos de Infração nºs 01.001423850.41, 03.000478196.63, 03.000488657.58, 01.001378709.71, 01.001381708.41, 01.001423032.90 e 03.000490030.16;

- assevera que, para melhor compreensão dos fatos, pode-se ver no Relatório Fiscal (fls. 14/25), os indícios iniciais encontrados e os fatos que ocorreram durante a busca e apreensão, inicialmente direcionada às empresas F4Y;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- alerta que a gestão da empresa F4Y simulou mudança de dois endereços de loja (autuada/matriz e da filial IE 001.690479-0180) e por fato que o Fisco desconhece não alterou o endereço da filial 001.690479.0261;

- explica que, ao diligenciar nos novos endereços cadastrais, que o contribuinte registrou na SEF/MG, constatou que as empresas nunca haviam se mudado efetivamente para eles e que inclusive tratava-se de um mesmo local, sem nenhuma separação para suportar as duas inscrições estaduais, conforme endereços cadastrais que aponta:

IE 001.690479.0008, Avenida Silvio Rugani, n.647, loja B, Bairro Tubalina, Uberlândia – MG (atual)

IE 001.690479.0180, Avenida Silvio Rugani, n.647, Bairro Tubalina, Uberlândia – MG (atual)

- salienta que, ao constatar tal fato, o Fisco diligenciou nos endereços anteriores das empresas acima mencionadas e no da filial que não havia sofrido simulação alteração de endereço e encontrou estabelecimentos (iguais em fachada, imobilizado, funcionários e mercadorias) em pleno funcionamento, ou seja, comprando e vendendo mercadorias sem documentação fiscal. E o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo apresentou-se como proprietário dos estabelecimentos (declaração fls. 170) e disse que havia adquirido os 03 pontos de venda e estoques da empresa F4Y no dia 25/11/19, ou seja, no dia anterior ao da diligência fiscal;

- assevera que, conforme a própria declaração do Coobrigado, esses novos estabelecimentos não tinham inscrições estaduais, também não foram apresentadas notas fiscais de compra do estoque e do imobilizado da empresa F4Y e, também, não apresentou qualquer documento probante da negociação aventada em sua declaração;

- sustenta que já fica claro e indiscutível a participação dolosa do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo em conluio com o Sr. João Vitor Borges Mercaldi na tentativa de desaparecer com o patrimônio da empresa F4Y;

- assegura que se o Fisco não intervém em momento crucial da fraude/simulação, a empresa F4Y desapareceria por completo, sem deixar rastros, e uma nova empresa “limpa” (Sporter) passaria a operar no mercado de suplementos, inclusive com aumento substancial de estabelecimentos;

- ressalta que esta nova empresa “limpa”, já nasce sob a égide da irregularidade, pois, inicia suas operações sem inscrição estadual, adquire mercadorias sem nota fiscal (estoque F4Y) e conseqüentemente as revende sem documentos fiscais. Tudo sob a “batuta” do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo;

- diz que é importante ressaltar que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo passou de um simples vendedor com “status de gerente” em 2018, conforme quer fazer crer a Defesa, para um grande empresário com 09 estabelecimentos comerciais em várias cidades do triângulo (Uberlândia, Prata e Ituiutaba) no final de 2019 e início de 2020, conforme dados cadastrais da nova empresa “Sporter” relacionados às fls. 21 do relatório fiscal contábil anexo ao Auto de Infração;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- assevera que uma análise rasa das declarações do imposto de renda do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo (anexo 6.3, fls. 171/207) deixa claro que o patrimônio apresentado em anos anteriores a esta “vertiginosa carreira empresarial” não suporta tais investimentos;

- ressalta que é clarividente, pela forma “irregular” em que ocorreu a transição dos estoques, do imobilizado e dos pontos da empresa F4Y para o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, que tudo não passou de “SIMULAÇÃO” com intuito de ocultar o patrimônio da empresa, ora Autuada, em virtude das execuções fiscais que inevitavelmente ocorreriam em momento próximo;

- assegura que é cristalino o dolo nas ações do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo em gerenciar as 03 empresas F4Y com controles extrafiscais, permitindo e participando de forma direta de toda gestão irregular da empresa;

- fala que é indiscutível, por todo o exposto, que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo tem participação ativa em todas as irregularidades apontadas pelo Fisco, inclusive, quando, dolosamente, tenta, em conluio com o Sr. João Vitor Borges Mercaldi, ocultar todo o patrimônio da empresa F4Y na tentativa de colocar um outro CNPJ (Sporter) para dar seguimento às atividades nos pontos comerciais da F4Y já conhecidos no mercado;

- reporta-se ao disposto no art. 133 do CTN, à definição do que seja fundo de comércio, concluindo que, diante das informações mencionadas, de todos os fatos narrados no Auto de Infração e também na manifestação fiscal, pode-se concluir pela subsunção do fato (aquisição de fundo de comércio da pessoa jurídica F4Y pela pessoa jurídica Sporter) à norma de sucessão tributária prevista no art. 133, inciso I do CTN;

- narra que, embora a pessoa física do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo (pessoa natural) tenha se apresentado como adquirente dos estoques, dos imobilizados e dos pontos dos 03 estabelecimentos da empresa F4Y (fls. 222, no qual a própria Defesa reconhece tal aquisição), o que para o Fisco enquadra-se perfeitamente na definição de fundo de comércio, estes foram, na prática, integralizados imediatamente ao patrimônio da empresa Sporter, que à época dos fatos já pertencia ao Coobrigado Vinícius

Aguiar Araújo, contudo, ainda não detinha inscrições estaduais para os endereços dos pontos em questão;

- argui que a assertiva acima é corroborada pela subsequente abertura de filiais da empresa Sporter, nos endereços onde anteriormente estavam inscritas as empresas F4Y;

- diz que, embora toda a transação não tenha passado de simulação dolosa, conforme mencionado alhures, a pessoa jurídica Sporter recebeu (sem contratos ou documentos fiscais hábeis) os estoques, os imobilizados e os pontos da empresa F4Y;

- menciona que a Defesa alega ainda que a alienação do fundo de comércio não ocorreu no caso, tendo em vista que tal transação está sujeita a regras específicas. Contudo, embora um tanto confusa a argumentação da defesa, o Fisco rebate qualquer

argumento neste sentido, apontado que neste caso agiu de ofício, nos termos do art. 149 do CTN;

- assevera que a citada argumentação da Defesa de que não ocorreu a aquisição do fundo de comércio, para a qual há atos solenes prescritos não efetivados, caracteriza a utilização da própria torpezados envolvidos (Autuado e Coobrigados) ao não realizar de forma regular a transação de compra e venda do fundo de comércio;

- entende que a falta de registros e publicações, conforme aventado pela Defesa, só demonstram o desprezo pelo cumprimento das legislações (tributária, civil e comercial) aplicáveis ao caso e reforçam ainda mais as imputações fiscais apontadas neste Auto de Infração;

- quanto à alegação da Defesa de que não houve sucessão empresarial, tendo em vista que não ocorreu incorporação, fusão, cisão ou transformação entre as referidas empresas nos termos do direito comercial, entende não ser esta a sucessão tratada na imputação fiscal e, sim, a disposta no art. 133, inciso I, do CTN (direito tributário), portanto, não entrará no mérito do conceito de tal dispositivo à luz do direito comercial, conforme propõe a Defesa.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 269/303, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Do Mérito

Vale destacar, inicialmente, os seguintes esclarecimentos trazidos aos autos pelo Fisco (Relatório Fiscal) acerca da base de cálculo e da alíquota utilizadas para apuração do imposto ora exigido:

Considerações gerais:

a) Da alíquota de 18% aplicada/arbitrada pelo FISCO

O FISCO intimou o contribuinte a apresentar os arquivos 60I (itens) do SPED FISCAL), e posteriormente intimou o contribuinte a apresentar todos os seus documentos fiscais de saídas de mercadorias no período de 01/2017 a 06/2020, com objetivo de apurar:

1) Quais as mercadorias vendidas pelo contribuinte, quais suas alíquotas e ainda quais estariam sujeitas ao regime de substituição tributária;

2) Quais mercadorias vendidas pelo contribuinte estariam sujeitas à redução de base de cálculo, à isenção ou ao diferimento.

A necessidade de tais informações se deu em virtude de que as informações prestadas pelo contribuinte via DAPI (que é um documento sintético), trazer inferências em vários períodos, de vendas de mercadorias:

- a) Sujeitas à substituição tributária na condição de substituído;**
- b) Com imposto informado inferior a 18% de sua base de cálculo, variando entre 6% a 12%;**
- c) Com base de cálculo menor que o valor contábil de comercialização da mercadoria;**
- d) Mescla das três situações acima.**

Importante salientar que o nicho de negócio principal do contribuinte é comércio varejista de alimentos, mais precisamente, a compra e venda de Suplementos alimentares, congêneres e acessórios esportivos.

Da análise de suas entradas de mercadorias o FISCO apurou que os produtos adquiridos não detêm benefício de isenção, redução de base de cálculo ou diferimento.

O contribuinte não atendeu a intimação nos termos do solicitado, e portanto, o FISCO aplicou sob as operações de saídas de mercadorias do contribuinte a alíquota de 18%, nos termos do artigo 12, alínea “d”, subalínea “d1” combinado com o § 71, inciso I, da lei 6763/75, descrito abaixo:

(...)

Da base de cálculo da operação aplicada/arbitrada pelo FISCO

Diante da falta de cumprimento da intimação feita pelo FISCO ao contribuinte, para que o mesmo apresentasse todos seus documentos fiscais de saída de mercadorias, no sentido de se apurar a correta aplicação e destaque da base de cálculo do ICMS e do conseqüente destaque do referido imposto, o FISCO, nos termos da legislação vigente, arbitrou a base de cálculo e cobrou o ICMS devido, amparado nos seguintes artigos:

Lei 6763/75

Art. 51- O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela

autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I- o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II- ficar comprovado que os lançamentos nos livros e/ou nos documentos fiscais não refletem o valor das operações ou das prestações;

III- a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV- ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto.

VI- em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Decreto 43.080/2002

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

VII- no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios, o valor total da operação, compreendendo o valor da mercadoria e o dos serviços prestados;

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II -for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

III- a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV- ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

VI- em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

No item 9 do relatório fiscal constou como atividade principal da empresa autuada: **9)ATIVIDADE PRINCIPAL:** 4729-6/99 Comércio varejista de produtos alimentícios em geral ou especializado em produtos alimentícios. E no item 12 do relatório fiscal constou a seguinte relação das mercadorias comercializadas pela Autuada:

12)CÓDIGO DA MERCADORIA:

1245 – suplementos alimentares

1237 – Barra de cereal, cereal

1248 – Outros produtos alimentícios

1270 - Confeções

A Fiscalização também deixou consignado no Relatório Fiscal quanto à empresa autuada:

Da empresa

O contribuinte F4Y SUPLEMENTOS E ACESSORIOS ESPORTIVOS EIRELI, que atua com nome de fantasia ALPHA NUTRITION SUPLEMENTOS, de propriedade do Sr. João Vitor Borges Mercaldi, CPF: 075.748.646-08, cadastrada em 29/10/2010, inscrição estadual nº 001.690.479-0008, com endereço à Avenida Silvio Rugani, n.647, loja “b”, Bairro Tubalina, Uberlândia – MG, encontra-se com sua inscrição estadual CANCELADA (vide anexo 7).

A empresa é optante do regime débito/crédito desde 01/2017 e atua no ramo de comércio varejista de suplementos alimentares e acessórios esportivos. Conforme os NCMs de entrada de suas mercadorias, as mesmas são tributadas a 18% em operações internas no Estado de Minas Gerais.

Conforme informações via DAPI, o contribuinte no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2019, adquiriu mercadorias para revenda o valor de R\$ 2.079.519,92 e neste mesmo período deu saídas de mercadorias no valor de R\$ 1.869.750,54.

Sobre o valor de seu faturamento, apontou uma BC (base de cálculo) R\$ 1.520.627,64 e ICMS devido no valor de R\$ 163.425,39. Ou seja, apontou que 81,32% de suas operações são tributadas normalmente na saída de suas mercadorias e a uma alíquota média de 10,75%.

Por fim, declarou também em sua DAPI R\$ 349.121,20 de venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária, na condição de substituído, ou seja, com imposto retido anteriormente.

Diante de tais indícios de irregularidade, o FISCO intimou o contribuinte a apresentar arquivos SINTEGRA do período de 2015 e 2016, período este onde o contribuinte era optante do SIMPLES NACIONAL e SPED FISCAL para o período de 2017 a 2019 onde o mesmo é optante de regime debito/credito.

Contudo o contribuinte não entregou e ou entregou em desacordo com a legislação os referidos arquivos informativos, sendo diante disto autuado através do auto de infração n. 01.001423032.90

Também é importante frisar que neste período o Sr. Vinícius Aguiar Araújo, cujo o apelido é Vinny ou Vinny Araújo (vide anexo 8 planilhas de controle de vendas extrafiscais) exercia a função de gerente/vendedor dos estabelecimentos (matriz e filiais) da empresa F4Y suplementos e acessórios esportivos Eireli, conforme declaração dele próprio (anexo 6).

Pois, além do estabelecimento acima citado, a empresa ainda detinha 02 dois estabelecimentos comerciais na cidade.

Assim motivado pelos fatos acima descritos, o FISCO em 26/11/2019, realizou busca/apreensão administrativa em todos endereços cadastrais da empresa (atuais e anteriores), quais sejam:

(...)

Nos endereços cadastrais atuais da empresa F4Y constatou-se o seguinte:

1) Os endereços (b e d) da Avenida Silvio Rugani, constatou-se a inexistência de estabelecimentos (o local estava fechado).

2) No endereço (e) da Avenida João Pinheiro, n.1154 (Terminal Central), loja 78, Bairro Nossa Senhora Aparecida, Uberlândia – MG, havia estabelecimento aberto, com ramo de atividade idêntica da empresa autuada, contudo, apresentou-se no local o Sr. Vinícius Aguiar Araújo (vide menção anterior sobre o mesmo), e se identificou como proprietário do estabelecimento e informou ter adquirido o ponto de venda e os estoques da empresa F4Y suplementos (vide declaração anexo 5), inclusive no tocante aos outros estabelecimentos, ou seja, as constantes dos endereços “a” e “c”.

Nos endereços cadastrais anteriores da empresa F4Y constatou-se o seguinte:

1) endereços (“a” e “c”), haviam estabelecimentos abertos, com ramo de atividade idêntica da empresa autuada, contudo, apresentou-se também nestes locais, o Sr. Vinícius Aguiar Araújo, e se identificou como proprietário dos estabelecimentos e informou ter adquirido o ponto de venda e os estoques da empresa F4Y suplementos, inclusive no tocante ao estabelecimento constante do endereço “e”.

O Sr. Vinícius, ao se apresentar como proprietário dos estabelecimentos, deu declarações por escrito ao FISCO (vide anexo 6) que em resumo diz:

- a) Que adquiriu, em 25/11/2019, pontos de venda e estoques (vide relação de mercadoria com relação a esta empresa autuada no anexo 5) de todos os estabelecimentos da empresa F4Y suplementos e acessórios esportivos.
- b) Que no prazo de 10 dias abriria novas inscrições estaduais para regularização;
- c) Que manteria os pontos adquiridos fechados até a regularização cadastral.

Não foram apresentados ao FISCO documentos que comprovem tal negociação, tais como:

- 1) Notas fiscais de aquisição dos estoques e do imobilizado;
- 2) Contrato de compra e venda do fundo de comércio (ponto, nome comercial, etc.);
- 3) Provas da efetiva negociação entre as partes.

Nesta ação fiscal foram apreendidos documentos físicos e digitais que amparam esta autuação fiscal.

Das empresas sucessoras SPORTER COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme declarado pelo Sr. Vinícius, o mesmo adquiriu as 03 empresas 03 empresas F4Y suplementos alimentares e acessórios esportivos, da qual era gerente, e, 25/11/2019.

O FISCO, ao efetuar pesquisa cadastral referenciada ao CPF do Sr. Vinícius, constatou que em 18/06/2019, ele já havia adquirido a empresa SPORTER COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, CNPJs: 23.699.508/0001-25 e 23.699.508/0002-06 cujo nome de fantasia é ATACADÃO DOS SUPLEMENTOS.

Em fatos subsequentes abriu-se mais 07 filiais, conforme os dados abaixo:

DATA INICIO	INSC. ESTADUAL	CNPJ	ENDEREÇO	CIDADE
19/11/2015	0026630770048	23 699 508/0001-25	AVENIDA DOS VINHEDOS 50 LOJA L016 01	UBERLANDIA
27/10/2016	0026630770129	23 699 508/0002-06	RUA CORONEL ANTONIO ALVES PEREIRA 88, CENTRO	UBERLANDIA
05/07/2019	0026630770200	23 699 508/0003-97	AVENIDA RONDON PACHECO 4600 LOJA SUB 0068	UBERLANDIA
29/11/2019	0026630770382	23 699 508/0004-78	AVENIDA JOAO PINHEIRO 1154 LOJA TERMINAL	UBERLANDIA
29/11/2019	0026630770463	23 699 508/0005-59	AVENIDA RONDON PACHECO 4600	UBERLANDIA
29/11/2019	0026630770536	23 699 508/0006-30	AVENIDA NICOMEDES A. DOS SANTOS 1127 LOJA 06	UBERLANDIA
17/12/2019	0026630770617	23 699 508/0007-10	RUA VINTE 1324	ITUIUTABA
03/03/2020	0026630770790	23 699 508/0008-00	RUA TENENTE REIS 703 LOJA 01,	PRATA

Pode-se verificar que ocorreram, nos termos do artigo 133, inciso I da lei 5.172/66 (CTN) as seguintes sucessões:

DATA INICIO	EMPRESA	SUCCESSAO	CNPJ	ENDEREÇO	CIDADE
19/08/2011	F4Y SUPLEMENTOS	SUCEDIDA (01)	12.833.354/0002-87	Av. Joao N.de Avila, n.1331 (Center Shopping), loja 1315,	UBERLANDIA
29/11/2019	SPORTER	SUCCESSORA (01)	23 699 508/0005-59	AV. RONDON PACHECO 4600 (center shopping) ***	UBERLANDIA
09/11/2010	F4Y SUPLEMENTOS	SUCEDIDA (02)	12.833.354/0001-04	AV.NICOMEDES A. DOS SANTOS 1127 LOJA 05	UBERLANDIA
29/11/2019	SPORTER	SUCCESSORA (02)	23 699 508/0006-30	AV.NICOMEDES A. DOS SANTOS 1127 LOJA 06	UBERLANDIA
26/02/2019	F4Y SUPLEMENTOS	SUCEDIDA (03)	12.833.354/0003-68	AV.JOAO PINHEIRO 1154 LOJA TERMINAL	UBERLANDIA
29/11/2019	SPORTER	SUCCESSORA (03)	23 699 508/0004-78	AV.JOAO PINHEIRO 1154 LOJA TERMINAL	UBERLANDIA

***** Este endereço é também do center shopping, tendo em vista que o mesmo fica entre as avenidas**

João Naves de Avila e Rondon Pacheco, no bairro Tibery em Uberlândia.

(...)

Vale destacar que os Impugnantes não contestam a apuração do crédito tributário constituído, mas tão somente a responsabilização solidária dos Coobrigados/Impugnantes que será analisada adiante.

Passa-se à análise das irregularidades imputadas à Autuada.

Irregularidade 1: Cuida este item do lançamento sobre a acusação fiscal de saídas de mercadorias (suplementos alimentares, congêneres e acessórios esportivos, dentre outros) desacobertas de documentação fiscal, no período de 01/01/17 a 30/09/19.

Exige-se ICMS (alíquota de 18%), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade apurada mediante confronto entre as saídas declaradas pelo contribuinte ao Fisco, via DAPI, e os valores reais de faturamento, obtidos por meio de análise de controles paralelos de vendas denominados “CAIXA/MÊS” (arquivos digitais – Anexo 8), devidamente apreendidos pelo Fisco conforme Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 012203 (fls. 02).

Referidos documentos apreendidos (arquivos digitais) e DAPIs (arquivos digitais) constam do Anexo 08 (mídia eletrônica de fls. 212) e o confronto entre eles demonstrado no Anexo 2 (fls. 38).

Assim, com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, a Fiscalização apurou o montante de saídas reais de mercadorias, deduzindo as saídas declaradas em DAPI.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação apreendida e que se encontra acostada aos autos, para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, I do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

Nesse sentido, caracterizada a saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Oportuno destacar que o lançamento fiscal fundamenta-se em informações devidamente registradas em documentos extrafiscais apreendidos legalmente e são documentos previstos na legislação tributária, citada anteriormente.

Outrossim, a apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, por meio do cotejo de dados constantes em controles de vendas extrafiscais e os valores de vendas informados ao Fisco pelo contribuinte, é suficiente para sustentar o lançamento em análise, prescindindo de outras constatações. Nesse sentido, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

EMENTA: TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - APREENSÃO DE DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE - SAÍDA DE MERCADORIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL E SUBFATURAMENTO - APURAÇÃO ATRAVÉS DE ORÇAMENTOS - VIABILIDADE - ALTERAÇÃO DO LANÇAMENTO - REVISÃO DE OFÍCIO - PREVISÃO LEGAL - MULTA ISOLADA - APLICAÇÃO DO PERCENTUAL CORRETO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EFEITO CONFISCATÓRIO - INOCORRÊNCIA - PENHORA - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - O PODER DE POLÍCIA DE QUE GOZAM OS AGENTES FISCAIS E A AUTO-EXECUTORIEDADE DE SUAS FUNÇÕES DE FISCALIZAÇÃO PERMITEM A APREENSÃO DE DOCUMENTOS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL AINDA QUE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, MORMENTE DIANTE DE MANIFESTA PREVISÃO LEGAL EM LEI ESTADUAL E DA AUSÊNCIA SEQUER DE ALEGAÇÃO DE NÃO CONSENTIMENTO DO CONTRIBUINTE. - FAZ-SE POSSÍVEL APURAR ATRAVÉS DE ORÇAMENTO A PRÁTICA DE SAÍDA DE MERCADORIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL E SUBFATURAMENTO QUANDO CONSTAM DAQUELES DOCUMENTOS DADOS QUE PERMITEM AFERIR A VERDADEIRA EXISTÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DE BENS.

- A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 145, III, C/C ART. 149, VIII, UMA VEZ CONSTATADA A OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO NO MOMENTO DO LANÇAMENTO DO TRIBUTO, AINDA QUE ESTE SE DÊ POR HOMOLOGAÇÃO, POSSÍVEL É QUE A ADMINISTRAÇÃO, DE OFÍCIO, FAÇA A REVISÃO DO LANÇAMENTO PARA FINS DE ADEQUAÇÃO DO VALOR COBRADO.

- A MULTA ISOLADA NÃO PODE SER REDUZIDA A 20% QUANDO A APURAÇÃO DO TRIBUTO DEVIDO DECORREU DA APREENSÃO DE DOCUMENTOS

EXTRAFISCAIS E NÃO DE EXAME DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DO CONTRIBUINTE.

- A MULTA DE REVALIDAÇÃO INCIDE EM FACE DA INADIMPLÊNCIA DO CONTRIBUINTE PARA COM O FISCO, DEVENDO SER COBRADA NO PERCENTUAL PREVISTO NO ARTIGO 56, II E § 2º, DA LEI 6763/75, SENDO SUA NATUREZA PUNITIVA E NÃO CONFISCATÓRIA.

(...) (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0407.06.012517-3/002, RELATOR(A): DES.(A) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 26/04/2012, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 09/05/2012)

(GRIFOS ACRESCIDOS).

Vale destacar, por oportuno, que a alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento) utilizada para apuração do imposto foi eleita corretamente e respalda-se **na alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02 (art. 12, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.763/75)**, uma vez que as mercadorias comercializadas pela Autuada não se enquadram nas alíneas anteriores do referido dispositivo e também, como destacado pelo Fisco, **“os produtos adquiridos não detêm benefício de isenção, redução de base de cálculo ou diferimento”**:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Nesse diapasão, corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Conforme demonstrativo de fls. 38 dos autos, a Penalidade Isolada foi exigida com observância do disposto no §2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (limitada a duas vezes o imposto incidente).

Irregularidade 2: Cuida este item do lançamento da acusação fiscal de vendas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (estoque), em 25/11/19.

Exige-se ICMS (alíquota de 18%), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Explica a Fiscalização que a empresa autuada F4Y Suplementos e Acessórios Esportivos Eireli vendeu seu estoque de mercadorias sem documentação fiscal ao Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, em 25/11/19, conforme termo de declaração do referido Coobrigado e relação de mercadorias em estoque com seus respectivos valores de custo e venda, emitida pelo referido adquirente (documentos Anexo 5 - fls. 96/118).

Foi emitido o documento “Relação de estoque de mercadorias” mencionando a “Relação de estoque” de fls. 122/136 apresentada pelo contribuinte (relatório gerado em 26/11/19). Às fls. 138/159 consta o “Demonstrativo das quantidades e valores das mercadorias vendidas sem documentação fiscal pela empresa autuada ao Sr. Vinícius Aguiar Araújo”.

Como se vê a acusação fiscal é de que a Autuada vendeu seu estoque de mercadorias para o Coobrigado sem documentação fiscal e constatou-se, no momento da diligência fiscal (26/11/19), que a empresa Coobrigada funcionava sem inscrição estadual, sendo que a referida Coobrigada Sporter Comércio de Alimentos Eireli obteve inscrição estadual posteriormente (29/11/19).

Observa-se que, na data da diligência fiscal, a Coobrigada sequer estava inscrita no cadastro de contribuintes do estado de Minas Gerais, bem como as mercadorias estavam desacobertas de documento fiscal (Termo de Constatação de fls. 119).

Ademais, os Impugnantes/Coobrigados vieram aos autos e não apresentaram qualquer comprovação que possa a ilidir a acusação fiscal.

Nesse diapasão, atraindo-se a aplicação do disposto no art. 89, inciso I do RICMS/02, estando, portanto, esgotado o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, *in verbis*:

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a

título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Como já salientado, a alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento) utilizada para apuração do imposto foi utilizada corretamente e respalda-se **na alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02 (art. 12, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.763/75)**, uma vez que as mercadorias comercializadas pela Autuada não se enquadram nas alíneas anteriores do referido dispositivo e também, como destacado pelo Fisco, **“os produtos adquiridos não detém benefício de isenção, redução de base de cálculo ou diferimento”**:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Conforme demonstrativo de fls. 117 dos autos, a Penalidade Isolada foi exigida com observância do disposto no §2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (limitada a duas vezes o imposto incidente).

Irregularidade 3: Cuida este item do lançamento da acusação fiscal de entrada de mercadorias (sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária) desacobertadas de documentação fiscal, no período de outubro de 2017 a abril de 2018.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c §2º, III, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Explica a Fiscalização que a Autuada informa em suas DAPIs (Anexo 8) no período de outubro de 2017 a abril de 2018, o valor de R\$ 342.749,30 vinculado a operações de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, sem declarar imposto sobre essas mercadorias, o que, em tese, estaria correto, no caso de um comerciante varejista, caso o imposto de tais mercadorias já houvesse sido recolhido integralmente, sobre a cadeia de circulação da mesma mercadoria, em fase anterior. Contudo, não é este o caso da Autuada, conforme esclarece a seguir:

(...)

A empresa para o período supra, NÃO informa em suas DAPIs aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

O contribuinte também NÃO apresenta em seu SPED FISCAL o registro H010, no qual deveria apresentar o inventário anual do estoque de suas mercadorias, sendo por isto e outras irregularidades, autuado conforme Auto de Infração nº 01.00142303.90.

O Fisco diante dos fatos acima narrados, analisou a tributação das mercadorias constantes das NFes emitidas por terceiros direcionadas ao contribuinte autuado e constatou que de janeiro de 2017 a abril de 2018, ocorreu aquisição de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST no valor de R\$ 36.610,65 (interestadual) e R\$ 2.116,00 (interna), resultando o montante de R\$ 38.726,65, sendo que estas mercadorias apresentam MVA (margem de valor agregado médio) de 59,07% (vide cálculos e planilhas no anexo 4).

A partir dos indícios mencionados e com base nas informações declaradas pelo contribuinte via DAPI, o Fisco efetuou o cálculo do Custo das Mercadorias Vendidas (CMV = Estoque Inicial + Compras - Estoque Final), por meio do qual foi possível demonstrar que as receitas de vendas com mercadorias sujeitas ao ICMS/ST, são “matematicamente” incompatíveis com o montante de entrada de mercadorias sujeitas ao mesmo regime.

Assim, por conclusão fiscal, o Fisco encontrou entradas de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST desacobertadas de documentação fiscal no valor de R\$ 176.744,94 e para encontrar a base de cálculo do ICMS/ST incidente em tais operações e não recolhido, aplicou o MVA de 59,07%, chegando ao valor de R\$ 281.148,17 que sob alíquota de 18%, resultou em R\$ 50.606,67 de ICMS/ST devido e cobrado neste auto de infração. (Grifos acrescidos).

A Fiscalização diante dos indícios de aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária em etapa anterior sem documento fiscal e, conseqüentemente, sem a comprovação do recolhimento do ICMS/ST devido *(a partir da incompatibilidade encontrada no confronto dos valores declarados pela Autuada a título de vendas nas Declarações de Apuração e Informação do ICMS – DAPIs do período autuado de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária em etapa anterior, com os valores constantes de notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas à ST)*, executou o roteiro “Conclusão Fiscal”, tendo apurado, ao final, entrada de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Conforme destacado, para obtenção do valor das entradas de mercadorias sem acobertamento fiscal, a Fiscalização utilizou-se do roteiro de conclusão fiscal, mediante o emprego da equação CMV (Custo das Mercadorias Vendidas) = Ei (Estoque Inicial) + C (Compras) – Ef (Estoque Final), conforme acima detalhado.

No Anexo 4 (fls. 101) consta o relatório “Cálculo Reverso” contendo a apuração das “Entradas Desacobertadas” e as respectivas exigências fiscais.

Como registra a Fiscalização, “o estoque final negativo significa que o Autuado não tinha matematicamente estoque suficiente para suportar as vendas de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST declarados”. Assim, a constatação de estoque final negativo corresponde a entradas desacobertadas de documentação fiscal.

Conclui-se, pois, da apuração fiscal, sem muito esforço, conforme bem demonstrado pela Fiscalização, que as entradas de mercadorias informadas ao Fisco pelos fornecedores da Autuada são insuficientes para suportar o volume de saídas informadas na DAPI, denotando-se, dessa forma, que parcela das mercadorias deram entrada no estabelecimento da Autuada desacobertadas de documento fiscal (exceto a parcela das mercadorias constantes das notas fiscais de entrada retro, consideradas na apuração fiscal).

Como já salientado, a alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento) utilizada para apuração do imposto foi utilizada corretamente e respalda-se **na alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02 (art. 12, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.763/75)**, uma vez que as mercadorias comercializadas pela Autuada não se enquadram nas alíneas anteriores do referido dispositivo e também, como destacado pelo Fisco, **“os produtos adquiridos não detêm benefício de isenção, redução de base de cálculo ou diferimento”**:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS/ST e respectiva Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, limitada conforme o disposto no §2º, inciso I do referido artigo, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - (...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida nos incisos II ou XVI do "caput" do art. 55, em se tratando de mercadoria ou prestação sujeita a substituição tributária.

(...)

Conforme demonstrativo de fls. 101 dos autos, a Penalidade Isolada exigida, uma vez que calculada pela Fiscalização sobre o valor apurado das mercadorias sem agregação da MVA, perfaz montante menor que o valor do limitador de duas vezes o valor do imposto incidente na operação (§2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75).

Irregularidade 4: Cuida este item do lançamento da constatação fiscal de consignação na DAPI de ICMS a menor que o devido tendo em vista a base de cálculo consignada no referido demonstrativo e alíquota do imposto aplicável às mercadorias comercializadas, no período de **janeiro de 2017 a agosto de 2019** conforme fls. 10/11 do demonstrativo do crédito tributário – ocorrência 1014999. (*Obs.: período citado incorretamente no relatório do AI "fev/17 a abril/18*).

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Esclarece o Fisco que consta nas DAPIs da Autuada (Anexo 8) valores de operações de saída de mercadorias (base de cálculo do ICMS) no montante de R\$ 1.312.606,82, cujo ICMS apurado com a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento), resultou no montante de ICMS devido de R\$ 236.269,23, contudo o contribuinte informou em sua declaração, o destaque de apenas R\$ 125.979,88.

Diante disto, constatou-se declaração de ICMS a menor via DAPI, e em consequência disto, falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ R\$ 110.289,35 (apuração no Anexo 3 - fls. 97/98).

De posse dos valores contábeis das operações de saídas informados em DAPI pela Autuada (coincidente com a base de cálculo informada), a Fiscalização apurou o ICMS devido com a aplicação **da alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento), abatendo o imposto declarado pela Autuada, exigindo o ICMS não declarado ao Fisco.**

Como já salientado, a alíquota do ICMS no percentual de 18% (dezoito por cento) utilizada para apuração do imposto foi utilizada corretamente e respalda-se **na alínea “e” do inciso I do art. 42 do RICMS/02 (art. 12, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.763/75)**, uma vez que as mercadorias comercializadas pela Autuada não se enquadram nas alíneas anteriores do referido dispositivo e também, como destacado pelo Fisco, **“os produtos adquiridos não detém benefício de isenção, redução de base de cálculo ou diferimento”**:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

Correta a apuração fiscal e, por consequência, corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 5: Cuida este item da acusação fiscal de falta de atendimento intimação fiscal para entrega de documentos e informações (via Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF de nº 10.000035048.64, cuja intimação se deu via edital publicado em 28/07/20).

Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 (1.000 UFEMGs - exercício de 2020 R\$ 3,7116 - R\$ 3.711,60):

Art. 54 (...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

Infração caracterizada nos termos dos arts. 96, inciso IV e 190 do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se que a infração é objetiva e típica a penalidade, portanto, correta a cobrança da multa isolada aplicada.

Da sujeição passiva

Foram eleitos para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa Autuada F4Y Suplementos e Acessórios Esportivos Eireli:

- o titular da empresa autuada **João Vitor Borges Mercaldi**, acima qualificado, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos seguintes atos de infração a lei:

- a) encerramento irregular das atividades empresariais;
- b) compra e venda de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, inclusive seu estoque final;
- c) fraude à fiscalização tributária, inserindo em suas DAPI (Declaração de Apuração do ICMS) elementos inexatos (declaração de ICMS a menor), e por fim, omitindo operação de vendas de mercadorias em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

O referido Coobrigado, titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), foi incluído corretamente no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, §2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

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.

Verifica-se que responde solidariamente pelo crédito tributário em exame o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

Destaca-se que, no caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando cometidas as irregularidades de dar saída e entrada a mercadorias desacobertas de documentação fiscal, bem como informação na DAPI de ICMS menor que o devido, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido. Além, do encerramento irregular das atividades empresariais.

- **Vinícius Aguiar** Araújo, nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, e 124, inciso I, ambos do CTN e 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II, da Lei nº 6.763/75, **pelos seguintes atos de infração a lei:**

- a) Gerente “administrador” com poderes de gestão da empresa F4Y Suplementos Alimentares, inclusive, agindo com dolo no controle das vendas desacobertas de documentação fiscal;
- b) aquisição total da empresa F4Y Suplementos (Fundo de comércio, imobilizado e estoque de mercadorias) sem documentos fiscais próprios, conforme termo de declaração do mesmo e demais fatos narrados neste trabalho;
- c) servir de interposta pessoa na aquisição das empresas Sporter Comércio de Alimentos Eireli.

Como bem destaca a Fiscalização, referido Coobrigado era “gerente” das “03 lojas” da empresa autuada “F4Y”, também conforme documento anexado pela defesa às fls. 245, a função dele era de gerente e não apenas gerente de vendas.

Restou demonstrado pelo Fisco que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo foi gerente geral da empresa F4Y, inclusive controlando compras e vendas da empresa, sendo que, no caso das vendas, logrou êxito em encontrar o “controle extrafiscal”, conforme documentos digitais apreendidos no computador utilizado pelo Coobrigado, conforme AAD (Auto de Apreensão e Depósito) nº 012203.

Explica a Fiscalização que o mencionado “controle extrafiscal” de vendas, além de constar em arquivo digital gravado em CD (Anexo 8), foi impresso e acostado aos autos às fls. 45/95.

Ademais, relata a Fiscalização que o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo passou de gerente de lojas em 2018 para um grande empresário com 09 estabelecimentos comerciais em várias cidades mineiras (Uberlândia, Prata e Ituiutaba, por exemplo) no final de 2019 e início de 2020, conforme dados cadastrais da nova empresa “Sporter” relacionados às fls. 21 do relatório fiscal contábil anexo ao Auto de Infração.

Contudo, da análise das declarações do imposto de renda do Coobrigado (anexo 6.3, fls. 171/207) restou claro que o patrimônio apresentado em anos anteriores a essas aquisições não suportava tais investimentos, fato não combatido pela Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, concluiu a Fiscalização que “o Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo, gerente geral da F4Y, tornou-se “testa de ferro” do empresário João Vitor Borges Mercaldi ao participar de plano engendrado para burlar o erário público e esconder/desaparecer com patrimônio da empresa F4Y, que se encontrava sob fiscalização e que por infrações anteriores já havia sido autuada conforme Autos de Infração nºs 01.001423850.41, 03.000478196.63, 03.000488657.58, 01.001378709.71, 01.001381708.41, 01.001423032.90 e 03.000490030.16”.

Conforme restou comprovado nos autos, correta a eleição do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo para o polo passivo da obrigação tributária, uma vez que realmente executava a função de gerente geral da Autuada, encarregado ainda dos controles de aquisições e vendas sem acobertamento fiscal, além de participar da “sucessão empresarial” visando, em conluio com o Coobrigado **João Vitor Borges Mercaldi**, burlar o erário público.

Correta, portanto, a eleição do Coobrigado Vinícius Aguiar Araújo para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos arts. 135, inciso III, e 124, inciso I, ambos do CTN e 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II, da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 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:

(...)

I - o mandatário, o preposto e o empregado;

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.

(...)

No tocante à empresa Coobrigada Sporter Comércio de Alimentos Eireli, entende a Defesa ser indevida sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária, por ausência de requisitos para caracterização da sucessão empresarial prevista no art. 133 do CTN.

Em apertada síntese, os Impugnantes/Coobrigados alegam que a “Sporter” seria empresa distinta da Autuada e que, apesar de ter adquirido bens dela (estoque,

imobilizado e pontos), o Fiscal não teria demonstrado a relação de sucessão empresarial.

O Fisco incluiu no polo passivo a Coobrigada a Sporter Comércio de Alimentos Eireli com fulcro no art. 133, inciso I, do CTN.

Art. 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 à 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 seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

(...)

O art.133 do CTN dispõe que para que ocorra a sucessão empresarial, e conseqüente sucessão tributária, necessária a alienação do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, bem como a continuidade da atividade originariamente explorada.

Concessa vênia, não merece prosperar a tese dos Impugnantes/Coobrigados, uma vez que a confissão por eles próprios **da aquisição de estoque, imobilizado e pontos dentre os quais onde está localizado o estabelecimento ora autuado**.

E, como não houve a continuidade da exploração do comércio pela Autuada, o enquadramento no inciso I do art. 133 do CTN está correto.

Merece destacar que, consta dos autos, comprovação inequívoca de que a Autuada foi sucedida pela empresa Coobrigada Sporter Comércio de Alimentos Eireli.

O Fisco demonstra, por meio dos documentos acostados aos autos, que 03 dos estabelecimentos da “Sporter” estão funcionando em antigos endereços dos estabelecimentos da Autuada, na mesma atividade da sucedida.

Também resta claro nos autos a transferência dos estoques e ativo imobilizado da sucedida para sucessora, bem como a transferência da clientela, uma vez que a nova empresa, ora Coobrigada, funciona no mesmo endereço da empresa anterior (ora Autuada).

Não resta qualquer dúvida que a “Sporter” deve figurar como responsável solidária nos termos do inciso I do art. 133 do CTN, visto que adquiriu fundo de comércio da Autuada, continuou a respectiva exploração ainda que sob outra razão social, tendo prosseguido no mesmo ramo de comércio.

Ademais, restou demonstrado nos autos o conluio entre os gestores da Autuada e Coobrigada visando enganar **com a intenção de burlar a cobrança de tributos pelo Fisco** (blindagem patrimonial), mediante sucessão empresarial com intuito fraudulento.

Corroborando a acusação fiscal, em situações muito similares a dos presentes autos, traz-se à colação as seguintes decisões do E. TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - SUCESSÃO EMPRESARIAL - ART. 133 DO CTN - INCLUSÃO DA SUPOSTA SUCESSORA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA - POSSIBILIDADE - PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE SUCESSÃO DE FATO - RECURSO DESPROVIDO.

1. O ART. 133 DO CTN NÃO SE RESTRINGE À SUCESSÃO FORMAL E DEVIDAMENTE DEMONSTRADA MEDIANTE INSTRUMENTO DE TRANSFERÊNCIA E AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO, MAS TAMBÉM SOBRE A SUCESSÃO DE FATO, CARACTERIZADA E COMPROVADA POR ELEMENTOS DE PROVA CONJUGADOS NOS AUTOS.

2. HAVENDO FORTES INDÍCIOS DE QUE OCORREU, NA ESPÉCIE, A SUCESSÃO EMPRESARIAL, A SOCIEDADE EMPRESÁRIA APELANTE APRESENTA-SE LEGITIMADA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL.

3. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O ALIENANTE CONTINUA EXERCENDO AS MESMAS ATIVIDADES.

4. RECURSO DESPROVIDO. (TJMG- APELAÇÃO CÍVEL 1.0000.20.056323-7/001, RELATOR(A): DES.(A) JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA , 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 20/08/2020, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 20/08/2020)

(...)

POIS BEM.

A DOCTRINA DE LEANDRO PAULSEN ENSINA QUE "A NORMA CONSTRUÍDA A PARTIR DO ART.133DOCTNSOMENTE SERÁ APLICADA SE OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADEEMPRESARIALFOREM ADQUIRIDOS E SE ESSA ATIVIDADEEMPRESARIALESTIVER SENDO DESENVOLVIDA DA MESMA FORMA QUE ERA CONDUZIDA ANTES DA AQUISIÇÃO" (PAULSEN, LEANDRO. DIREITO TRIBUTÁRIO: CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 13 ED. PORTO ALEGRE: ESMAFE, 2011, F. 1010).

IDENTIFICAM-SE, POIS, DOIS REQUISITOS CUMULATIVOS: A AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO/ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A CONTINUAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADEEMPRESARIALDA SUCEDIDA.

TODAVIA, O ART.133DOCTNNÃO SE LIMITA ÀSUCESSÃOFORMALIZADA E DEVIDAMENTE COMPROVADA POR

INSTRUMENTO DE TRANSFERÊNCIA E AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO, MAS TAMBÉM SOBRE ASUCESSÃO DE FATO, CARACTERIZADA E COMPROVADA POR ELEMENTOS DE PROVA CONJUGADOS, UMA VEZ QUE A INTENÇÃO DO LEGISLADOR AO CRIAR ESTA NORMA, A MEU VER, FOI IMPEDIR QUE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS DEVEDORAS SE DESVENCILHASSEM DE SEUS DÉBITOS, LIVRANDO-SE DE PATRIMÔNIO QUE PODERIA SALDAR SUA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

CARACTERIZA-SE, PORTANTO, COMO RESPONSABILIDADE POR TRANSFERÊNCIA, QUE SE JUSTIFICA COMO FORMA DE GARANTIR AO FISCO O RECEBIMENTO DOS VALORES DEVIDOS PELO ESTABELECIMENTO COMERCIAL SUCESSOR.

HÁ DE SE TER EM CONTA, NESSE PASSO, QUE, EM SE TRATANDO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL COM INTUITO FRAUDULENTO, É CLARA A DIFICULDADE DE SE AFERIR, MEDIANTE PROVA DIRETA, A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA À SOCIEDADE SUCESSORA. OS EMPRESÁRIOS QUE ASSIM AGEM UTILIZAM-SE DE MOVIMENTAÇÕES ESCUSAS, NUMA TENTATIVA DE TRANSPARECER REALIDADE DISTINTA DOS SEUS REAIS INTERESSES ECONÔMICOS.

DESTE MODO, AS DECISÕES JUDICIAIS QUE CONCLUEM PELA SUCESSÃO EMPRESARIAL, QUANDO DECORRENTE DE CONDUTA FRAUDULENTO DOS SÓCIOS, POR CERTO SE LASTREARÃO EM UM CONJUNTO DE INDÍCIOS QUE, ASSOCIADOS, PATENTEIAM A VERDADEIRA INTENÇÃO DA SOCIEDADE DE SE ESQUIVAR DE SUAS OBRIGAÇÕES FISCAIS.

(...)

MUTATIS MUTANDIS, ESSE É O ENTENDIMENTO PREPONDERANTE DESTA CORTE:

(...)

EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BENS EM EXECUÇÃO FISCAL. EVIDÊNCIAS DE SUCESSÃO COMERCIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUBSISTÊNCIA DE PENHORA SOBRE BENS DA SUCESSORA.

EXISTENTES INDÍCIOS E PROVAS CONVINCENTES DE QUE A EXECUTADA, EMPRESA DESATIVADA IRREGULARMENTE, E A EMBARGANTE TÊM O MESMO ENDEREÇO, SÓCIO GERENTE EM COMUM E IDÊNTICAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS, VÁLIDO PRESUMIR-SE A OCORRÊNCIA DE SUCESSÃO COMERCIAL, AINDA QUE NÃO FORMALIZADA, DECORRENDO A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR PARTE DA SUCESSORA, AOS TERMOS DO ART. 133 DO CTN, AO QUE VÁLIDA A PENHORA REALIZADA EM BENS DESSA. (APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0079.07.339314-6/001, RELATOR: DES. EDUARDO ANDRADE, DJE: 27.10.2009).

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE.

ART.133DOCTN. COMPROVAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA DA TRANSFERÊNCIA DO FUNDO DE COMÉRCIO.

EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL JÁ SEDIMENTADO PELOS TRIBUNAIS, AFIGURA-SE DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DESUCESSÃO ENTRE EMPRESAS, ADMITINDO-SE SUA PRESUNÇÃO CASO A PARTE REQUERENTE APRESENTE PROVA INEQUÍVOCA DE QUE UMA EMPRESA TENHA ADQUIRIDO O FUNDO DE COMÉRCIO DE OUTRA. PARA QUE RESTE CONFIGURADA A SUCESSÃO, BASTA, PORTANTO, A COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO PELA EMPRESA SUCESSORA DAS INSTALAÇÕES, MAQUINÁRIO E DEMAIS INSTRUMENTOS PARA EXERCER ATIVIDADE ECONÔMICA QUE SE IDENTIFIQUE COM A EXERCIDA PELA EMPRESA SUCEDIDA (APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0273.09.006487-7/001, RELATOR: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES, DATA DA PUBLICAÇÃO: 24.11.2010).

NA ESPÉCIE, A EMBARGANTE, ORA APELANTE, COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DE BOA ESPERANÇA LTDA SUSTENTA NÃO SER RESPONSÁVEL PELA DÍVIDA TRIBUTÁRIA DA EMPRESA EXECUTADA, AO ARGUMENTO DE QUE ADQUIRIU APENAS O ATIVO IMOBILIZADO DA DEVEDORA, E NÃO O FUNDO DO COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO, A CARACTERIZAR SUCESSÃO EMPRESARIAL.

(...)

TAIS ELEMENTOS SUGEREM, FORTEMENTE, CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A EXECUTADA E A COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DE BOA ESPERANÇA LTDA, QUE POSSIVELMENTE RECEBEU O FUNDO DE COMÉRCIO DE COOPERATIVA CENTRAL MINAS LEITE LTDA COM A INTENÇÃO DE BURLAR A COBRANÇA DE TRIBUTOS PELO FISCO.

(...)

POR CONSEQUENTE, A MEU SENTIR, OS DOCUMENTOS E ALEGAÇÕES APRESENTADAS NESTES EMBARGOS PATENTEIAM LIAME CARACTERIZADOR DASUCESSÃOEMPRESARIALPREVISTANO ART.133DOCTN.

HÁ DE SE SALIENTAR, ADEMAIS, NÃO HAVER NOS AUTOS QUALQUER PROVA DE CONTINUIDADE DAS ATIVIDADES PELA COOPERATIVA CENTRAL MINAS LEITE LTDA, O QUE SINALIZA A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA INTEGRAL DA ADQUIRENTE, NOS MOLDES DO INCISO I DO ART.133DOCTN.

(...)

POR FIM, COADUNO COM O ENTENDIMENTO DO MAGISTRADO PRIMEVO, DE QUE "NÃO PROSPERAM AS INSURGÊNCIAS DA EMBARGANTE QUANTO A NÃO TRANSMISSIBILIDADE DA MULTA", TENDO EM VISTA QUE O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIXOU A TESE, EM SEDE DE RECURSOS REPETITIVOS, DE QUE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR ABRANGE, ALÉM

DOS TRIBUTOS DEVIDOS PELA SOCIEDADE SUCEDIDA, TAMBÉM AS MULTAS, SEJAM 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 DASUCESSÃO-COMO IN CASU. CONFIRA-SE:

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 DASUCESSÃO. (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 DESUCESSÃOEMPRESARIAL(FUSÃO, CISÃO, INCORPORAÇÃO), **ASSIM COMO NOS CASOS DE AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO COMERCIAL** E, PRINCIPALMENTE, NAS CONFIGURAÇÕES DESUCESSÃO 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 COELHO, IN CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, ED. FORENSE, 9ª ED., P. 701)

(...)

9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ

08/2008. (RESP 923.012/MG, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 09/06/2010, DJE 24/06/2010)

DESTARTE, DIANTE DOS ELEMENTOS EXISTENTES, ENTENDO QUE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA ORA APELANTE SE APRESENTA LEGITIMADA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. COM TAIS CONSIDERAÇÕES, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO INCÓLUME A SENTENÇA PRIMEVA.

(...)

DES. MOACYR LOBATO - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).

DES. WANDER MAROTTA - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO."

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCLUSÃO DA SUPOSTA SUCESSORA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 133 DO CTN - MANIFESTAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM CASO IDÊNTICO ENVOLVENDO AS MESMAS PARTES - RECURSO PROVIDO.

1. CABÍVEL, EM REGRA, O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA A EMPRESA SUCESSORA QUANDO DEMONSTRADA A TRANSFERÊNCIA E AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO, NOS MOLDES DO ART. 133 DO CTN.

2. IMPÕE-SE, PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES, A COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES, MAQUINÁRIO E DEMAIS COMPONENTES DO ESTABELECIMENTO, ALÉM DA CONTINUIDADE NA ATIVIDADE ECONÔMICA PARA COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO

(...)

4. RECURSO PROVIDO. (TJMG- APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.12.075152-8/001, RELATOR(A): DES.(A) JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA , 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 16/07/2020, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 21/08/2020)

(...)

(GRIFOS ACRESCIDOS).

Considerando todos os elementos trazidos pelo Fisco, acima evidenciados, resta claro, *in casu*, a sucessão empresarial, estando correta a responsabilização da empresa sucessora, nos termos do art. 133, inciso I, do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Paula Prado Veiga de Pinho (Revisora) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 14 de julho de 2021.

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**

**Eduardo de Souza Assis
Presidente**

CCMG