

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.681/21/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001228665-31
Impugnação: 40.010148479-06, 40.010148480-82 (Coob.), 40.010148482-44 (Coob.), 40.010148481-63 (Coob.)
Impugnante: CIEC Cervejaria Artesanal Ltda
IE: 002867030.00-79
Henrique Neves Santiago de Paula (Coob.)
CPF: 084.546.696-80
HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda (Coob.)
CNPJ: 28.385473/0001-73
Livcash Cobranças Ltda (Coob.)
CNPJ: 21.454032/0001-37
Proc. S. Passivo: Leandro Luciano Soares/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição para o polo passivo da obrigação tributária do sócio-administrador e das sócias majoritárias da empresa Autuada, nos termos do disposto no art. 124, incisos I e II e 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, XII e § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, saídas de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária (cervejas/chopes) sem acobertamento fiscal. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos e documentos apresentados pela Autuada. Corretas as exigências remanescentes do ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatado que a Autuada deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações sujeitas à substituição tributária, de acordo com o inciso V do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Infração caracterizada. Crédito tributário retificado pelo Fisco, após análise dos argumentos e documentos apresentados pela Impugnante. Corretas as exigências remanescentes do ICMS/ST correspondente ao adicional de

2% (dois por cento) e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que a Autuada, substituta tributária por força do disposto no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, promoveu saídas de cervejas e chopes desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/05/17 a 30/04/19, apuradas mediante análise dos documentos extrafiscais (documentos físicos e arquivos digitais) apreendidos em seu estabelecimento, na operação denominada “Puro Malte”.

Por consequência, a Autuada deixou de recolher o ICMS relativo às suas próprias operações e deixou de efetuar a retenção do ICMS/ST devido pelas operações internas subsequentes, incluindo a parcela correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), inerentes às saídas desacobertadas.

As exigências referem-se ao ICMS operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST – FEM apurados, acrescidos das Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador do estabelecimento autuado, com fundamento nos arts. 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Foram também incluídas na sujeição passiva as sócias capitalistas HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda e Livcash Cobranças Ltda., com fulcro nos arts. 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula é sócio das citadas empresas na condição de administrador.

Compõem o Auto de Infração os seguintes Anexos/Documentos, dentre outros:

- Anexo 1 (CD – fls. 33): “Demonstrativo do Crédito Tributário” (anterior à retificação promovida – fls. 355/362);

- Anexo 2 (CD – fls. 33): planilha original copiada - “Faturamento_Analítico_Impostos14_50_24”;

- Anexo 3 (CD – fl. 33): Portarias SUTRI;

- Anexo 4 (CD – fl. 33; meio físico – fls. 34/76): Relato completo da copiagem – Relatório Técnico nº 001/19;

- Anexo 5 (fls. 78/87): documentos apreendidos – comandas e respectivos boletos de cobrança - amostragem;

- Anexo 6 (fls. 89/94): fichas cadastrais de clientes - amostragem;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo 7 (fls. 96/99): imagens da copiagem (amostragem de e-mails);
- Anexo 8 (fls. 101/104): “Autos de Copiagem nº LAUT 0101, LAUT 0102, LAUT 0103 e LAUT 0104”;
- Anexo 9 (fls. 106/107): cópias das NF-e nºs 032 e 033, emitidas pela “LÄUT” para a “WBEER”;
- Anexo 10 (fls. 109/145): “Contratos Sociais da LAUT Cervejaria Artesanal Ltda.” (atual CIEC Cervejaria Artesanal Ltda.);
- Anexo 11 (fls. 147/167): “Alterações Cadastrais da Empresa Livcash Cobranças Ltda.”;
- Anexo 12 (fls. 169/178): “Contrato de Constituição da Empresa HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda.”;
- Anexo 13 (fls. 180/189: Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJ/MG (processo 1.0105.01.045437-6/008), utilizado para ratificar a inclusão dos Coobrigados na sujeição passiva.

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 193/233, requerendo, ao final, o integral provimento de suas defesas.

Tendo em vista argumentos específicos contidos na impugnação, o Fisco intima a Autuada (fls. 344 e 346/347) a apresentar relação de todas as operações de saídas de mercadorias destinadas a consumidores finais, solicitação não atendida pela Autuada, sob o argumento de que as vendas supramencionadas teriam sido efetuadas pela empresa WBEER Fabricação Ltda e que a LAUT seria parte ilegítima para apresentar documentos de terceiros.

Ato contínuo, o Fisco concede vista dos autos e prazo de 5 (cinco) dias aos Sujeitos Passivos (fls. 345 e 349/350), para que estes providenciassem a copiagem dos arquivos reclamados na Impugnação, oportunidade em que esclareceu que todos os arquivos utilizados para lavratura do Auto de Infração foram copiados dos computadores da própria Autuada e que o código *Hash* e o Auto de Copiagem, devidamente por ela assinado, garantiam a veracidade das informações e a garantia de que os dados apreendidos eram cópias fieis daqueles existentes nos computadores do estabelecimento autuado.

À fl. 351, consta o “Termo de Devolução de Documentos”, formalizado para entrega aos Sujeitos Passivos de mídia eletrônica (HD) contendo a cópia integral de todos os arquivos por eles reclamados em suas defesas, utilizados como fundamento da autuação, obtidos dos computadores do próprio estabelecimento autuado.

Em seguida (fl. 352), o Fisco concede novo prazo para vista dos autos, em função da juntada da mídia eletrônica acostada à fl. 354, contendo os seguintes arquivos questionados na impugnação:

Pasta HENRIQUE => Possui os arquivos válidos das imagens LAUT0101, LAUT0103 e LAUT 0104 que atenderam à busca pelos termos “SEM NF” e “SEM NOTA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FISCAL”. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...”, que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

Pasta SEM NOTA => Possui os arquivos válidos da imagem LAUT0103 que atenderam à busca pelos termos “SEM NF” e “SEM NOTA FISCAL”. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...”, que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

Pasta LAUT0104 => Contém os relatórios extraídos do sistema gerencial BeerSales;

Pasta RELATORIO_ERADBH => Contém o Relatório Técnico ERAD/BH nº 001/19 (fls. 34/76).

Comparecendo novamente aos autos, o Fisco retifica o crédito tributário, nos termos dos demonstrativos acostados às fls. 355/362, oportunidade em que promoveu as seguintes alterações:

- Dos valores arbitrados relativos às operações próprias referentes às saídas de Cerveja 300 ml, Cerveja 600 ml e Chope litro, inerentes às operações cujos valores não foram encontrados nos arquivos apreendidos. Para as demais saídas, a base de cálculo das operações próprias equivale ao “Valor Item” indicado nos arquivos apreendidos;
- Expurgar da Base de Cálculo do ICMS/ST relativa às operações realizadas pela Autuada, destinadas a “EVENTOS” diversos, cujos produtos são destinados a consumidores finais;
- Expurgar da Base de Cálculo do ICMS/ST relativas às operações realizadas pela Autuada, destinadas a OPEN PLACE ESCRITÓRIOS COMPARTILHADOS, cujos produtos eram destinados a consumidores finais.

Posteriormente, o Fisco concedeu o prazo original de 30 (trinta) dias aos Sujeitos Passivos, para pagamento/parcelamento do crédito tributário ou para aditamento ou apresentação de nova impugnação.

Regularmente cientificados, os Impugnantes comparecem aos autos (fl. 366) e ratificam os argumentos contidos na impugnação originalmente apresentada.

Em nova intervenção no processo, o Fisco promove a juntada aos autos dos documentos abaixo listados (fls. 367/384) e concede novo prazo aos Sujeitos Passivos para vista dos autos:

- Declaração cadastral do bloqueio da a empresa WBEER Fabricação Ltda.;
- Contrato de locação e recibo de entrega das chaves do imóvel no endereço cadastrado da empresa WBEER Fabricação Ltda.;
- Os editais de intimação e cancelamento da inscrição da empresa WBEER Fabricação Ltda, publicados no Diário Oficial de Minas Gerais;
- A relação dos recolhimentos de ICMS efetuados pela empresa WBEER Fabricação Ltda.;
- As respostas às solicitações da Autuada constantes nos documentos 12 e 13 (fls. 330/335).

Regularmente intimados, os Impugnantes aditam suas defesas às fls. 387/391.

Às fls. 392/401, o Fisco refuta os argumentos da defesa e solicita, ao final, a manutenção integral do feito fiscal, observada a retificação do crédito tributário por ele efetuada às fls. 355/362.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 405/467, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida e pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuadas pelo Fisco às fls. 355/362.

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.

Das Preliminares

Da Prova Pericial Requerida:

Os Impugnantes afirmam, inicialmente, “*que a Fiscalização não trouxe qualquer elemento técnico esclarecendo acerca da apuração dos PMPFs estabelecidos para ‘Outras Marcas’ nas Portarias/SUTRI: se foram realizadas pesquisas e se foram divulgadas aos contribuintes; se se adotou média ponderada; quais critérios utilizados, entre outros*”.

Nesse sentido, requerem a produção de prova pericial, oportunidade em que apresentaram os quesitos arrolados às fls. 232, onde levantam, basicamente, os seguintes questionamentos: (I) se as Portarias SUTRI apresentam os critérios utilizados para a fixação do valor dos PMPFs estabelecidos para “Outras Marcas”; (II) se foram realizadas pesquisas para se obter os PMPFs estabelecidos para outros fabricantes; (III) se as pesquisas foram divulgadas ou postas à disposição dos contribuintes; (IV) se os PMPFs para “Outras Marcas” foram apurados adotando-se média ponderada de preços coletados, conforme determina a Lei Complementar nº 87/96 e (V) se foram divulgadas ou postas à disposição dos contribuintes os critérios e a memória de cálculos utilizados para se apurar os PMPFs.

No entanto, a perícia requerida afigura-se desnecessária, mesmo porque, em última análise, os quesitos apresentados se resumem a questionar a legalidade, no sentido *lato sensu*, a tecnicidade e a veracidade dos dados divulgados nas Portarias SUTRI, que estabelecem os Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs), apurados nos estritos termos determinados na Lei Complementar nº 87/96, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, relativo às operações com cervejas e chopes.

Com efeito, no caso dos autos, a base de cálculo legalmente prevista para as operações objeto da presente autuação deve ser aquela prevista no art. 19, inciso I, subalínea “b1” do Anexo XV do RICMS/02, utilizando como parâmetro os PMPFs

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

divulgados pelas Portarias SUTRI, fixados de acordo com os preços usualmente praticados no mercado, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Como bem salienta o Fisco, essas Portarias são editadas a partir de levantamentos de preços realizados (semestralmente) por entidades representativas do setor, nos termos previstos nos §§ 3º e 4º do dispositivo legal supracitado.

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

[...]

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

[...]

§ 3º O preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) e o percentual de margem de valor agregado (MVA) serão fixados com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

(Grifou-se).

§ 4º O levantamento previsto no parágrafo anterior será promovido pela Secretaria de Estado de Fazenda ou, a seu critério, por entidade de classe representativa do setor, e deverá conter os dados cadastrais dos estabelecimentos pesquisados, as respectivas datas das coletas de preços e demais elementos suficientes para demonstrar a veracidade dos valores obtidos, observando-se ainda:

Efeitos de 01/12/05 a 31/12/17

§ 4º O levantamento previsto no parágrafo anterior será promovido pela Secretaria de Estado de Fazenda ou, a seu critério, por entidade de classe representativa do setor, observando-se o seguinte:

No caso de cervejas e chopes, esses levantamentos são efetuados pelas seguintes entidades: Sindicato da Indústria da Cerveja (SINDCERV), Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL), Associação Brasileira de Bebidas (ABRABE), Sindicato da Indústria de Bebidas de Minas Gerais (SINDBEBIDAS/MG) e por fabricantes não vinculados a nenhuma dessas associações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Paralelamente, a Secretaria de Estado da Fazenda - SEF/MG também realiza levantamento de preços *in loco* e utiliza os arquivos eletrônicos válidos transmitidos pelos contribuintes varejistas referentes a vendas diretas a consumidor final, para confrontar com os preços coletados pelos pesquisadores.

Atualmente, as pesquisas são realizadas pelos institutos FINK, GFK e FUNDACTE, contratados pelas entidades representativas dos fabricantes de cervejas e chopes SINDICERV, ABRABE e CERVBRASIL.

A metodologia utilizada pelas empresas responsáveis pelo levantamento de campo foi desenvolvida pela FINK e SCAHPPO Consultoria Ltda, metodologia essa validada pela SEF/MG e entidades, que é adotada nas pesquisas de preços há mais de 15 anos para o segmento de cerveja, chope, refrigerantes, energéticos, isotônicos e água mineral.

Ressalte-se que os Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs) relativos a cervejas e chopes comercializados por qualquer contribuinte fabricante pode ser divulgado em Portarias da Superintendência de Tributação, para fins de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária.

Nesse sentido, várias Portarias da SUTRI, inerentes aos mais variados produtos sujeitos à substituição tributária, estabelecem que o interessado poderá ter os seus preços nelas divulgados, mediante requerimento do responsável à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS), podendo ser citada, a título de exemplo, a Portaria nº 743/18, citada pelos Impugnantes em seus quesitos. Examine-se:

PORTARIA SUTRI Nº 743 DE 29 DE JUNHO DE 2018
(MG de 30/06/2018)

Divulga os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) para cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope.

O SUPERINTENDENTE DE TRIBUTAÇÃO, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, "b", 1, da Parte 1 do Anexo XV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002,

RESOLVE:

Art. 1º - Para o cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope o sujeito passivo deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I e II desta Portaria.

Efeitos a partir de **26/10/2018** - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Portaria SUTRI nº 783, de 08/11/2018.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único - Os produtos não relacionados nos Anexos I e II desta Portaria poderão ser incluídos mediante requerimento do interessado destinado à Diretoria de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização (DGF/SUFIS).

(Grifou-se).

Em caso de inércia do contribuinte, seja por não procurar sua entidade representativa, seja por não efetuar requerimento à DGP/SUFIS, como ocorreu com a Autuada (principalmente nos períodos que antecederam a lavratura do Auto de Infração), o seu PMPF é calculado de acordo com os preços médios ponderados usualmente praticados no mercado pelas “Outras Marcas” de “Outros Fabricantes”, distintamente daqueles especificamente citados nas referidas portarias (“Marcas” e “Fabricantes” específicos, que comprovaram seus preços praticados a consumidor final junto à DGP/SUFIS).

Basta analisar o Anexo II da Portaria SUTRI nº 799/18¹, por exemplo, para se verificar que nela existem mais de uma centena de fabricantes específicos cadastrados (abrangendo mais de mil cervejas e chopes de marcas, embalagens, unidades de medida/volume, etc, distintos), todos eles com os seus respectivos preços médios usualmente praticados a consumidor final, utilizados para cálculo do ICMS/ST devido nas operações por eles praticadas.

Os preços lançados nas referidas portarias atendem a todos os pressupostos legais para a sua utilização como parâmetro de cálculo do ICMS/ST, não sendo crível afirmar que esses pressupostos sejam plenamente atendidos em relação a marcas de cervejas e chopes de fabricantes específicos nelas listados (nos seus mais variados tipos, embalagens, unidades de medida/volume, etc) e que não sejam válidos para “Outros Fabricantes” de “Outras Marcas”.

Assim, como já afirmado, a perícia requerida afigura-se desnecessária, pois os preços utilizados pelo Fisco, para fins de apuração do ICMS/ST devido pelos Impugnantes, são exatamente aqueles legalmente estabelecidos nas referidas portarias, nos termos do art. 19, inciso I, subalínea “b.1” do Anexo XV do RICMS/02.

Diante disso indefere-se prova pericial requerida, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais (RPTA – Decreto nº 44.747/08).

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

[...]

§ 1º. Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

¹ Anexo II - Tabela de Códigos dos Fabricantes da Portaria SUTRI nº 779/2018.

Disponível em:

http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/portarias/2018/port_sutri799_2018_anexo_s.pdf

[...]

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração – “Cerceamento de Defesa – Menção a Arquivos Inexistentes no DVD” – Questão Superada no Processo:

A Autuada relata que na mídia eletrônica acostada à fl. 33, constam apenas os seguintes arquivos:

- Anexo 1 – Demonstrativo do crédito tributário;
- Anexo 2 – Planilha original copiada “Faturamento_Analítico_Impostos14_50_24”;
- Anexo 3 – Portarias SUTRI;
- Anexo 4 – Relatório completo de copiagem – Relatório Técnico 001/19;
- Auto de Infração LÄUT PTA 01.001228665.31.md5.

Salienta que, “*todos os demais arquivos citados e utilizados pela Fiscalização para amparar as acusações e exigências do Fisco, a saber, Fichas Cadastrais de clientes, e-mails, pedidos de vendas e demais relatórios não se encontram no DVD coligido ao Auto de Infração, de maneira que a Autuada não teve acesso a tais documentos para se defender*”, acrescentando que “*as acusações, portanto, são baseadas em alegações que não se sustentam, pois desprovidas de documentos comprobatórios*” (documentos citados no Relatório Fiscal e/ou Relatório Técnico nº 001/19).

Sustenta, dessa forma, que “*a acusação fiscal baseada em presunções e documentos que sequer foram trazidos aos autos, cerceia o direito de defesa da Autuada, impossibilitando-a de exercer plenamente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, consagrados em nossa Constituição Federal, motivo pelo qual impõe-se a decretação de nulidade do Auto de Infração*”.

No entanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois a questão suscitada pela Autuada já foi superada no presente processo.

Com efeito, conforme já relatado, o Fisco concedeu prazo de 5 (cinco) dias aos Sujeitos Passivos (fls. 345 e 349/350), para que estes providenciassem a copiagem dos arquivos reclamados na Impugnação, oportunidade em que esclareceu que todos os arquivos utilizados para lavratura do Auto de Infração foram copiados dos computadores da própria Autuada e que o código *Hash* e o Auto de Copiagem, devidamente por ela assinado, garantiam a veracidade das informações e a garantia de que os dados apreendidos eram cópias fieis daqueles existentes nos computadores do estabelecimento autuado.

Às fls. 351, consta o “Termo de Devolução de Documentos”, formalizado para entrega aos Sujeitos Passivos de mídia eletrônica (HD) contendo a cópia integral de todos os arquivos por eles reclamados em suas defesas, obtidos dos computadores do próprio estabelecimento autuado, utilizados como fundamento da presente autuação.

Em seguida (fl. 352), o Fisco concede novo prazo para vista dos autos, em função da juntada da mídia eletrônica acostada à fl. 354, contendo todos os arquivos e documentos questionados na impugnação, a saber:

Pasta HENRIQUE => Possui os arquivos válidos das imagens LAUT0101, LAUT0103 e LAUT 0104 que atenderam à busca pelos termos “SEM NF” e “SEM NOTA FISCAL”. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...”, que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

Pasta SEM NOTA => Possui os arquivos válidos da imagem LAUT0103 que atenderam à busca pelos termos “SEM NF” e “SEM NOTA FISCAL”. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...”, que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

Pasta LAUT0104 => Contém os relatórios extraídos do sistema gerencial BeerSales;

Pasta RELATORIO_ERADBH => Contém o Relatório Técnico ERAD/BH nº 001/19 (fls. 34/76).

Ressalte-se que essas “Pastas” contêm todos os documentos citados no Relatório Técnico nº 001/19, utilizados como fundamentação da presente autuação, incluindo aqueles citados pela Autuada.

Além disso, após a retificação do crédito tributário, o Fisco concedeu o prazo original de 30 (trinta) dias aos Sujeitos Passivos, para pagamento/parcelamento do crédito tributário ou para aditamento ou apresentação de nova impugnação, o que afasta, por completo, a arguição de cerceamento de defesa.

Rejeita-se, portanto, a prefacial arguida pela Autuada.

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração/Cerceamento de Defesa – Ofensa ao Art. 83, § 4º do RPTA e Art. 142 do CTN:

Os Impugnantes relatam que, “conforme relatado no item ‘9 – Histórico’ do **Relatório Fiscal** que acompanha o Auto de Infração ‘(...) a empresa promoveu a venda **fictícia** de cerca de 43 mil quilos de malte para a empresa WBEER FABRICAÇÃO LTDA, utilizando-se das NF-e de números 032 e 033 (Anexo 9), emitidas em 11/12/2018 e 28/12/2018, respectivamente, simulando a saída de malte comprovadamente utilizado pela empresa, com o claro intuito de frustrar a análise técnica fiscal”.

Acrescentam que, “ainda, de acordo com o relatório, ‘(...) verificou-se que contribuinte WBEER Fabricação Ltda., nos registros da SEF/MG, estava localizado em um endereço aparentemente residencial (...) Diante disso, o Procurador da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais - AGE solicitou uma Tutela Cautelar Antecedente (Nº 5000925-28.2019.8.13.0188) para que o Fisco ingressasse e tivesse livre acesso às dependências da empresa. Assim que foi deferida, cumpriu-se o referido mandado em 21/03/2019, mesma data da operação denominada ‘Puro Malte’ citada abaixo, sendo constatado que se tratava de apenas um escritório, sem vestígios de fabricação de cerveja e chope, estoque de malte ou produto acabado. Concluiu-se

que a empresa WBEER Fabricação Ltda jamais funcionou no local, e por esse motivo procedeu-se a suspensão de sua inscrição estadual, por inexistência do estabelecimento no endereço inscrito, retroativa à 20/02/2018 (início da atividade)”.

Transcrevem o disposto no art. 83, § 4º do RPTA e destacam que, “*durante a ação fiscal, em momento algum, intimaram a Autuada para, em 20 (vinte) dias, se manifestar sobre a acusação de que as operações realizadas com a empresa WBEER FABRICAÇÃO LTDA eram fictícias e poderiam ser desconsideradas. Em instante qualquer, ofertou-se à Impugnante o direito de prestar os esclarecimentos e apresentar as provas que julgasse necessárias, o que, às escancaradas, viola o inciso I do preceito trasladado”.*

Sustentam que “*o desprezo ao procedimento elencado no § 4º do art. 83 do RPTA consiste em dano irremediável ao lançamento em apreço, porquanto, com o alicerce na visão parcial do Fisco, desprezou-se a existência de uma sociedade que vem operando regularmente desde 02/2018”*, acrescentando que “*o elenco de um rito a ser observado nos procedimentos de fiscalização, tal qual aquele descrito no § 4º do art. 83 do RPTA, tem sua razão de ser: não se tratam de normas que, ao bel-prazer dos agentes fiscais, podem ou não ser aplicadas, porquanto têm substrato em princípios constitucionais maiores, como a garantia do direito de defesa predicado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal”.*

Argumentam que, “*a prévia intimação do contribuinte quanto à suspeita de negócio jurídico a ser desconsiderado atende ao fim precípua de lhe assegurar a ampla defesa, atribuindo-se a prerrogativa de demonstrar à Fiscalização que, de fato, as operações são efetivas. A inobservância deste procedimento, por certo, retira do contribuinte uma importante oportunidade de trazer à luz elementos probatórios que podem garantir o seu direito”.*

Concluem, dessa forma, que, “*à medida que o lançamento não observou o rito preceituado no RPTA, precisamente o direito da Autuada de se manifestar sobre acusação a ela imposta, àquele não pode ser atribuído destino outro que a declaração de sua nulidade, salvo se negligenciados os primados constitucionais da garantia da ampla defesa e da legalidade e a disposição do art. 142 do CTN”.*

Porém, verifica-se, mais uma vez, não assistir razão aos Impugnantes.

Há que se destacar, inicialmente, que os Impugnantes se esqueceram de observar a disposição contida no § 7º do art. 83 do RPTA, o qual estabelece que o procedimento previsto no § 4º do mesmo dispositivo não se aplica a atos e negócios jurídicos em que se comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Confira-se:

Art. 83. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

[...]

§ 4º Para efeitos de desconsideração do ato ou negócio jurídico, o Auditor Fiscal da Receita

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, simultaneamente ou após o início da ação fiscal, deverá:

I - nos termos deste artigo, intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos e apresentar provas que julgar necessárias, no prazo de 20 (vinte) dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico sujeitos à desconsideração.

[...]

§ 7º O procedimento disposto no §4º não se aplica a atos e negócios jurídicos em que se comprove a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(Grifou-se).

A regra geral é que o procedimento de desconsideração de ato ou negócio jurídico não se aplica em casos de evasão fiscal, como ocorre no caso dos autos, ou seja, os negócios jurídicos contaminados por ilícitos típicos, caracterizadores de evasão fiscal, como a simulação, por exemplo, não precisam ser desconsiderados, bastando ao Fisco demonstrar a simulação e a ocorrência do fato gerador do tributo relativo ao negócio real efetivamente praticado.

Ressalte-se, no entanto, que inexistente qualquer exigência fiscal tendo por objeto o fato do estabelecimento autuado ter promovido “*venda fictícia de cerca de 43 mil quilos de malte para a empresa WBEER FABRICAÇÃO LTDA, utilizando-se das NF-e de números 032 e 033 (Anexo 9), emitidas em 11/12/2018 e 28/12/2018, respectivamente, simulando a saída de malte comprovadamente utilizado pela empresa, com o claro intuito de frustrar a análise técnica fiscal*”, independentemente dessa venda ter sido considerada fictícia (simulada).

Os trechos do Relatório Fiscal citados pelos Impugnantes dizem respeito a fatos ocorridos em 2018 (fase investigatória), muito anteriores ao Início da Ação Fiscal, que ocorreu somente em 21/03/19, nos termos do art. 69, inciso II do RPTA, mediante a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) acostado à fl. 02.

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

[...]

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

Nas palavras do próprio Fisco, contidas no Relatório Fiscal, “*em razão dos fortes indícios de ocorrência de ilícitos tributários, o Fisco Mineiro, na data de 21 de março de 2019, deflagrou a operação ‘Puro Malte’, momento em que realizou a Busca e Apreensão na empresa Läut Cervejaria Artesanal Ltda., CNPJ nº 26.575.700/0001-06, situada na Rua Kelsey nº 96, Bairro Jardim Canadá, no município de Nova Lima-MG*”.

Essa afirmação foi ratificada na manifestação fiscal, onde o Fisco afirma que “*tal informação foi um indício de ocorrência de ilícito tributário que contribuiu pela decisão de deflagração da ‘Operação Puro Malte’, resultando na busca e*

apreensão na LAUT. Entretanto, tal informação não foi utilizada como prova e nem consta nos levantamentos para promover o lançamento do crédito tributário”.

Com efeito, a acusação fiscal que sustenta a exigência do crédito tributário se refere a saídas de cervejas e chopes desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante a análise da documentação apreendida no próprio estabelecimento autuado, na operação denominada “Puro Malte”, isto é, como já afirmado, não há nenhum procedimento de desconsideração de negócio jurídico no presente caso, muito pelo contrário, pois o Fisco está a exigir o imposto devido a este Estado (e seus acréscimos legais) incidente sobre os negócios praticados pela Autuada sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

Assim, não há que se falar em ofensa ao art. 142 do CTN, pois o Fisco determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, nos termos estabelecidos na legislação vigente, identificou corretamente o Sujeito Passivo da obrigação tributária, assim como aplicou de forma esmerada a penalidade cabível.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ainda nessa linha, mister acrescentar que o presente lançamento foi lavrado observando, também, todas as formalidades previstas no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto 44.747/08, inexistindo qualquer mácula que possa acarretar a sua nulidade.

Da mesma forma, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois, como demonstrado, a norma estabelecida no § 4º do art. 83 do RPTA, ao contrário da alegação dos Impugnantes, não se aplica ao caso dos autos, por se tratar de acusação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, prática caracterizada como evasão fiscal.

Rejeita-se, portanto, as arguições de nulidade do Auto de Infração e da hipotética ocorrência de cerceamento de defesa, mesmo porque os Impugnantes estão exercendo o direito ao contraditório no presente processo administrativo.

Da Arguição de Cerceamento de Defesa – “Arbitramento sem Prévio Processo Regular que Assegure o Contraditório e Ampla Defesa”:

Os Impugnantes narram que, *“de acordo com o item 10 do Relatório Fiscal que acompanha o Auto de Infração, para apuração do crédito tributário exigido, o Fisco considerou como base de cálculo do ICMS-OP (que, conseqüentemente, foi determinante na apuração do ICMS-ST), o valor presente no Anexo 2 – Planilha original copiada ‘Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24’, do AI, na coluna de título de ‘Valor Item’”.*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescentam que, “*ainda, nos termos do Relatório, para as vendas em que tal valor não foi indicado, o valor da operação foi arbitrado de acordo com o artigo 194, § 4º do RICMS/02, conforme tabela que compõe o Anexo 1. Os valores arbitrados encontram-se assinalados na planilha do Anexo 1 (BC ICMS PRÓPRIO) com preenchimento na cor ‘laranja’. Os valores arbitrados foram obtidos através das médias simples anuais para chope e cerveja*”.

Salientam, porém, que “*ao arripio do ordenamento jurídico, o arbitramento foi realizado sem a instauração de prévio processo regular administrativo, em que fossem assegurados à Autuada o contraditório e a ampla defesa*”, acrescentando que a prévia intimação do contribuinte para se manifestar sobre o arbitramento atende ao fim precípua de lhe assegurar a ampla defesa, oportunidade em que fazem menção ao art. 148 do CTN (e também à jurisprudência) que admite o arbitramento somente mediante processo regular.

Concluem que, “*no caso em tela resta evidente a vulneração aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois foi realizado arbitramento sem que fosse assegurado à Autuada apresentar qualquer tipo de manifestação prévia ao ato, tornando nulo o Auto de Infração vertente*”.

No entanto, verifica-se, uma vez mais, não assistir razão aos Impugnantes.

Ressalte-se, nesse sentido, que o arbitramento efetuado pelo Fisco está respaldado no art. 53, inciso III c/c art. 194, § 4º do RICMS/02, a saber:

RICMS/02

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

[...]

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

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

[...]

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, o arbitramento foi realizado tomando como parâmetro os próprios preços praticados pela Autuada, indicados nos documentos apreendidos, em suas operações com cerveja e chope.

Assim, ao contrário das afirmações da defesa, o arbitramento foi efetuado de acordo com os ditames do art. 148 do CTN, pois houve a instauração do devido processo administrativo fiscal, representado pelo Auto de Infração, possibilitando aos Impugnantes o contraditório e a ampla defesa.

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, **mediante processo regular**, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, **ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa** ou judicial.

Não é outro o entendimento do STJ, consignado na própria decisão citada pelos Impugnantes (fls. 209), pois este, apesar de rejeitar a chamada “pauta fiscal”, considera que a constatação de flagrante discrepância entre o valor de mercado da mercadoria e aquele posto nas notas fiscais indica subfaturamento e traduz, em princípio, a prática da infração fiscal prevista na legislação de regência, deixando consignada a legalidade do arbitramento previsto no art. 148 do CTN, com posterior instauração, pela Fazenda Pública, do processo administrativo fiscal, como ocorreu no caso dos autos, não sendo necessário qualquer procedimento prévio ao próprio processo administrativo.

Embora a referida decisão se refira a caso concreto distinto, conclui-se que o processo administrativo fiscal permite ao interessado, no caso aos Impugnantes, a exercer o contraditório, mediante apresentação de documentação hábil que comprove o efetivo valor da operação objeto de arbitramento.

Assim, cabe aos Impugnantes, caso discordem dos preços arbitrados no presente processo, apresentarem os valores que entendem como corretos, com apresentação de documentação hábil e idônea, que possa comprovar suas alegações.

Reitere-se, no entanto, o arbitramento foi realizado tomando como parâmetro os próprios preços praticados pela Autuada, indicados nos documentos apreendidos, em suas operações com cerveja e chope, tendo ocorrido, inclusive, retificação do crédito tributário, o que será detalhadamente analisado em tópico específico deste parecer, ocasião em que o Fisco alterou os preços arbitrados (média anual), que passaram a ter como parâmetro os preços unitários de cada produto comercializado (vide planilha “Rerratificação do Crédito Tributário LAUT” – Aba “BC ICMS-ICMS-ST-FEM” – CD às fls. 354 – Valores destacados na cor laranja).

Por outro lado, a base de cálculo do ICMS/ST foi apurada mediante utilização dos Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs), divulgados em

Portarias da SUTRI, nos termos estipulados no art. 19, § § 3º e 4º do Anexo XV do RICMS/02, já transcrito anteriormente.

Dessa forma, rejeita-se, uma vez mais, a arguição dos Impugnantes de cerceamento de defesa.

“Da não Exibição de Preços e de Memória de Cálculo de Apuração dos PMPFs – Cerceamento de Defesa”:

Os Impugnantes afirmam que os PMPFs estabelecidos para “Outras Marcas” nos Anexos das Portarias/SUTRI foram fixados em desacordo com a legislação.

Nesse sentido, os Impugnantes transcrevem as normas contidas no art. 8º, §§ 4º e 6º da Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § § 19 e 29 da Lei nº 6.763/75 e no art. 19, inciso I, subalínea “b1” do RICMS/02, e salientam que, de acordo com essas normas legais, *“para a aplicação do PMPF, a Fazenda Estadual deve, obrigatoriamente, utilizar-se da MÉDIA PONDERADA para estabelecer os preços, o que, in casu, não se pode asseverar que a regra foi estabelecida”*.

Sustentam que, *“o que se depreende é que os PMPFs estabelecidos para ‘Outras Marcas’ nas Portarias /SUTRI foram arbitrados sem a observância de critérios previstos em lei, especialmente, sem observância das regras contidas nos parágrafos 3º, 4º e 4º-A, do art. 19 do Anexo XV, do RICMS/02”*.

Descrevem os dados que as pesquisas de preços deveriam conter (fl. 225), de acordo com as normas legais supracitadas, para fins de fixação dos PMPFs, e afirmam que *“estas regras não foram respeitadas e, se foram, são desconhecidas do contribuinte, pois não divulgadas”*.

Salientam que enviaram *“e-mail para o Núcleo de Substituição Tributária DGI/DIEF/SAIF, ..., solicitando as pesquisas de preços de cervejas e chopes, bem como a metodologia e os critérios que embasaram os PMPFs que seriam divulgados na última Portaria SUTRI (dos. 12)”*, mas que não obtiveram resposta, o mesmo acontecendo com solicitação dirigida à DGP/SUFIS (por AR), na qual foi solicitada a apresentação dos critérios para a formação dos PMPFs estabelecidos para “Outras Marcas” nas Portarias SUTRI de nºs 611/16, 663/17, 707/17, 743/18 e 799/18, bem como todas as pesquisas de preços de cervejas e chopes que embasaram estes PMPFs.

Asseveram que, *“não há dúvida que os PMPFs estabelecidos para ‘Outras Marcas’ foram ‘criados’ sem critérios e fundamento legal, revelando-se verdadeira ‘pauta fiscal’, vedada pela Súmula 431 do STJ”* e, ainda, que *“diante do exposto resta evidente que os PMPFs foram arbitrados em total contrariedade às regras do ordenamento, sem quaisquer critérios previstos em lei”*.

Acrescentam que, é *“evidente, também, que a recusa do órgão estatal em exhibir as pesquisas de preços e os critérios utilizados para a formação dos PMPFs estabelecidos para ‘Outras Marcas’ nas Portarias SUTRI, configura cerceamento ao direito de defesa da Autuada”*, razão pela qual o presente lançamento deveria ser declarado nulo de pleno direito.

Porém, os argumentos dos Impugnantes não se coadunam com a realidade dos fatos.

Como já afirmado no tópico relativo à perícia requerida, em última análise, os argumentos apresentados se resumem a questionar a legalidade, no sentido *lato sensu*, a tecnicidade e a veracidade dos dados divulgados nas Portarias SUTRI, que estabelecem os Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs), apurados nos estritos termos determinados na Lei Complementar nº 87/96, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária relativo às operações com cervejas e chopes.

Com efeito, com fundamento no art. 8º, § 6º da Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § 29 da Lei nº 6.763/75 e no art. 19, §§ 3º e 4º do Anexo XV do RICMS/02, o estado de Minas Gerais adota, para a apuração base de cálculo da substituição tributária, o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF).

Conforme consta no § 3º do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02, o PMPF será fixado com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

Amparada em referidos dispositivos, a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais edita as Portarias SUTRI que estabelecem os PMPFs para cálculo do ICMS/ST relativo às operações com cervejas e chopes.

Considerando-se que o estabelecimento autuado e os produtos por ele fabricados não se encontram expressamente relacionados nos anexos das mencionadas portarias, aplica-se, à apuração do ICMS/ST, os PMPFs referentes a “Outros Fabricantes” de “Outras Marcas”.

Os PMPFs não se confundem com pauta fiscal, com arbitramento ou preços “criados”, como afirmam os Impugnantes, uma vez que, como já salientado, seus valores não são determinados unilateralmente pelo Fisco, haja vista que são fixados com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa aos princípios da legalidade estrita e da hierarquia das leis, ou em aplicação da Súmula 431 do STJ ao caso presente.

Reitere-se que os Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs) relativos a cervejas e chopes comercializados por qualquer contribuinte fabricante pode ser divulgado em Portarias da Superintendência de Tributação, para fins de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária, mediante requerimento do responsável à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS).

Em caso de inércia do contribuinte, seja por não procurar sua entidade representativa, seja por não efetuar requerimento à DGP/SUFIS, como ocorreu com a Autuada (principalmente nos períodos que antecederam a lavratura do Auto de Infração), o seu PMPF é calculado de acordo com os preços médios ponderados

usualmente praticados no mercado pelas “Outras Marcas” de “Outros Fabricantes”, distintamente daqueles especificamente citados nas referidas portarias (“Marcas” e “Fabricantes” específicos, que comprovaram seus preços praticados a consumidor final junto à DGP/SUFIS).

Também já foi afirmado que basta analisar o Anexo II da Portaria SUTRI nº 799/18, por exemplo, para se verificar que nela existem mais de uma centena de fabricantes específicos cadastrados (abrangendo mais de mil cervejas e chopes de marcas, embalagens, volume/unidade de medida, etc., distintos), todos eles com os seus respectivos preços médios usualmente praticados a consumidor final, utilizados para cálculo do ICMS/ST devido nas operações por eles praticadas.

De igual forma, foi salientado que os preços lançados nas referidas portarias atendem a todos os pressupostos legais para a sua utilização como parâmetro de cálculo do ICMS/ST, não sendo crível afirmar que esses pressupostos sejam plenamente atendidos em relação a marcas de cervejas e chopes de fabricantes específicos nelas listados (nos seus mais variados tipos, embalagens, unidades de medida, etc.) e que não sejam válidos para “Outros Fabricantes” de “Outras Marcas”.

Ademais, como será visto na análise meritória, o *modus operandi* do estabelecimento autuado consiste em promover saídas de cervejas e chopes sem a emissão da documentação fiscal correspondente, procedimento que, além de caracterizar evasão fiscal, tanto do ICMS relativo às suas próprias operações, quanto do ICMS devido por substituição tributária, constitui concorrência desleal e impossibilita a averiguação dos preços presumidos a consumidor final por ela praticados, tanto é que a Autuada sequer trouxe aos autos notas fiscais por ela emitidas, com regular retenção do ICMS/ST, que pudessem, no mínimo, possibilitar um confronto entre os preços (com ST) por ela praticados com comerciantes varejistas e aqueles estipulados para “Outras Marcas” nas mencionadas portarias.

De toda forma, considerando-se que é vedada a utilização de qualquer outro preço senão aqueles indicados em portarias da SUTRI, ressalvadas as exceções estabelecidas na legislação, inaplicáveis ao caso presente, mesmo que tivesse apresentado tais documentos, a Autuada ou o contribuinte substituído somente teriam direito à restituição da diferença a maior entre o preço efetivamente praticado a consumidor final e o estipulado nas Portarias SUTRI, se devidamente comprovada tal ocorrência, em relação aos fatos ocorridos a partir de 01/03/19, nos termos do art. 31-C do Anexo XV do RICMS/02, pois, anteriormente a essa data, o valor retido e recolhido a título de ICMS/ST era definitivo.

RICMS/02 - Anexo XV - Efeitos a partir de 01/03/19

Art. 31-C - Nos casos em que o fato gerador se realizar por um valor inferior ao da base de cálculo presumida do ICMS ST, o contribuinte que houver praticado a operação interna de circulação da mercadoria a consumidor final fará jus à restituição, observado o disposto nesta subseção.

§ 1º - Somente fará jus à restituição a que se refere o caput, o contribuinte que não tiver

realizado o repasse do valor do imposto pleiteado no preço da mercadoria ou, no caso de tê-lo feito, estar expressamente autorizado a recebê-lo por quem o suportou, caso em que os documentos comprobatórios deverão ser mantidos à disposição do Fisco.

§ 2º - Para fins de cálculo da restituição de que trata o caput, quando as notas fiscais que acobertaram as entradas das mercadorias tiverem sido emitidas por contribuintes substituídos sem a observância do disposto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 37 desta parte, o Fisco poderá utilizar o menor valor de base de cálculo do ICMS ST informado no registro "88STITNF" ou nos campos do Grupo relativo ao Código de Situação Tributária - CST - 60 ou Código de Situação Tributária da Operação no Simples Nacional - CSOSN - 500.

§ 3º - A restituição do ICMS ST de que trata o caput também é devida ao contribuinte substituído na saída de mercadoria para outra unidade da federação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte quando destinada a consumidor final não contribuinte.

Por outro lado, cabe lembrar que a presente autuação se refere a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2017 a 2019, isto é, a Autuada teve tempo mais que suficiente para procurar as entidades representativas de seu setor ou para dirigir-se à DGP/SUFIS, para que seus produtos fossem listados nas Portarias SUTRI, porém, por inércia ou até mesmo em função de seu *modus operandi*, não tomou essas providências e tenta, agora, após ser autuada, se valer do artifício de e-mails ou correspondências enviadas à SEF/MG, para alegar cerceamento de defesa em relação a tema que deveria ser de seu interesse desde o início de suas atividades.

Se não bastasse, este não é o foro adequado para se discutir as mencionadas portarias, pois, de acordo com o art. 110, inciso I do RPTA (Decreto nº 44.747/08), não se incluem na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo (as portarias, no presente caso), inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda.

Rejeita-se, dessa forma, a arguição de cerceamento de defesa ou de nulidade do Auto de Infração, mesmo porque o presente lançamento foi lavrado com todos os requisitos formais previstos na legislação de regência.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre a constatação de que a Autuada, substituta tributária por força do disposto no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, promoveu saídas de cervejas e chopes desacobertadas de documentação fiscal, no período de 01/05/17 a 30/04/19, apuradas mediante documentos extrafiscais (documentos físicos e arquivos digitais) apreendidos em seu estabelecimento, na operação denominada "Puro Malte".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por consequência, a Autuada deixou de recolher o ICMS relativo às suas próprias operações e deixou de efetuar a retenção do ICMS/ST devido pelas operações internas subsequentes, incluindo a parcela correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), inerentes às saídas desacobertadas.

Ressalte-se que, conforme demonstrado às fls. 193/194, o estabelecimento autuado (Läutt Cervejaria Artesanal Ltda.), cuja razão social atual é CIEC Cervejaria Artesanal Ltda, chegou a assinar o Termo de Reconhecimento Parcial de Débito (documento de confissão irretratável de dívida), para fins de parcelamento do valor do crédito tributário relativo às suas próprias operações (ICMS, MR e MI).

Conforme informação contida na própria impugnação apresentada, o parcelamento inicialmente requerido seria quitado em 60 (sessenta) parcelas, porém, como não foi apresentada nenhuma garantia real, o número máximo de parcelas que poderia ser concedido pela repartição fiscal seria de 36 (trinta e seis) meses, o que acarretou a desistência da Autuada do parcelamento requerido.

Quanto à sujeição passiva, há que se destacar que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador do estabelecimento autuado, Sr. Henrique Neves Santiago de Paula, com fundamento nos arts. 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Foram também incluídas na sujeição passiva as sócias capitalistas HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda. e Livcash Cobranças Ltda, com fulcro nos arts. 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula é sócio das citadas empresas na condição de administrador.

As exigências referem-se ao ICMS operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST – FEM apurados, acrescidos das Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme demonstrativo acostado à fl. 356, elaborado após a retificação do crédito tributário.

Por oportuno, transcreve-se abaixo excertos do Relatório Fiscal anexado ao Auto de Infração, bem como a parte conclusiva do Relatório Técnico nº 001/19, que narra de forma detalhada a presente autuação, os documentos digitais apreendidos na operação denominada “Puro Malte”, que sustentam a acusação fiscal, bem como a motivação de atribuição de responsabilidade tributária dos Coobrigados incluídos na sujeição passiva, *verbis*:

Relatório Fiscal (fls. 18/31)

“... 4 – Período Fiscalizado

4.1 - 01 de maio de 2017 a 30 de abril de 2019.

5 – Irregularidades Apuradas

Constatou-se que a Autuada, no período de 01/05/2017 a 30/04/2019, deixou de recolher ICMS-OP no valor original de R\$..., ICMS-ST no valor de ... e

FEM no valor de ..., em razão de saídas de chope e cerveja desacobertadas de documentos fiscais apuradas mediante documentos extrafiscais apreendidos na operação de busca e apreensão denominada “Puro Malte”, realizada em 21/03/2019, no estabelecimento da Läut localizado na Rua Kelsey, nº 96, Bairro Jardim Canadá, Nova Lima/MG.

6 – Demonstrativo do Crédito Tributário:

[...]

9 - Histórico

A DF/BH-4 é a Delegacia Fiscal responsável pelo acompanhamento e fiscalização de todos os contribuintes do SETOR DE BEBIDAS da Superintendência Regional de Belo Horizonte, além de alguns de outras regionais do segmento de Fabricação de Cervejas e Chopes.

Os trabalhos realizados no contribuinte Läut Cervejaria Artesanal Ltda. iniciaram-se no quarto trimestre de 2018. Verificou-se que no período fiscalizado o contribuinte adquiriu 48 mil quilos de malte e deu saída a apenas 4 mil litros de cerveja e chope acobertados por notas fiscais, sendo que o volume estimado de saída para esta quantidade de malte gira em torno de 200.000 litros. Ou seja, a quantidade de malte adquirida pelo contribuinte produziria um volume muito maior de cerveja e chope do que as saídas declaradas acobertadas por notas fiscais.

Após os primeiros contatos com a contabilidade do contribuinte autuado, com o objetivo de possibilitar a justificativa de eventuais inconsistências nas estimativas do Fisco, a empresa promoveu a venda fictícia de cerca de 43 mil quilos de malte para a empresa WBEER FABRICAÇÃO LTDA, utilizando-se das NF-e de números 032 e 033 (Anexo 9), emitidas em 11/12/2018 e 28/12/2018, respectivamente, SIMULANDO a saída de malte comprovadamente utilizado pela empresa, com o claro intuito de frustrar a análise técnica fiscal. Estes documentos foram emitidos com uma série de irregularidades, conforme segue:

- Natureza da Operação: “Venda de Produção do Estabelecimento”; sendo que a Läut é fabricante de cervejas e chopes, não de malte;

- Endereço do Destinatário: Av. Amazonas nº 6.200, Gameleira, Belo Horizonte/MG. Este é o endereço do EXPOMINAS, local diverso do endereço cadastral do

destinatário - Rua Victória nº 993, Jardim Canadá, Nova Lima/MG. O EXPOMINAS, é público e notório, não exerce atividade de estocagem e muito menos industrialização de cerveja e ou chope;

- As informações fornecidas via SPED pela Lãut Cervejaria Artesanal Ltda. indicam que em 31/12/2017 a empresa tinha seus estoques de maltes zerados. Considerando as aquisições de 16.500 kg até o dia 28/12/2018, e que a empresa não tenha se utilizado de nenhum malte em 2018, fica clara a impossibilidade do contribuinte realizar a venda de 43.345 kg do produto.

E ainda, verificou-se que contribuinte WBEER Fabricação Ltda., nos registros da SEF/MG, estava localizado em um endereço aparentemente residencial (Rua Victória nº 993, Jardim Canadá/Nova Lima), pois não possuía placa, letreiro ou qualquer outra identificação que o distinguisse de uma residência. Diante disso, o Procurador da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais - AGE solicitou uma Tutela Cautelar Antecedente (Nº 5000925-28.2019.8.13.0188) para que o Fisco ingressasse e tivesse livre acesso às dependências da empresa. Assim que foi deferida, cumpriu-se o referido mandado em 21/03/2019, mesma data da operação denominada “Puro Malte” citada abaixo, sendo constatado que se tratava de apenas um escritório, sem vestígios de fabricação de cerveja e chope, estoque de malte ou produto acabado. Concluiu-se que a empresa WBEER Fabricação Ltda jamais funcionou no local, e por esse motivo procedeu-se a suspensão de sua inscrição estadual, por inexistência do estabelecimento no endereço inscrito, retroativa à 20/02/2018 (início da atividade).

Em razão dos fortes indícios de ocorrência de ilícitos tributários, o Fisco Mineiro, na data de 21 de março de 2019, deflagrou a operação “Puro Malte”, momento em que realizou a Busca e Apreensão na empresa Lãut Cervejaria Artesanal Ltda., CNPJ nº 26.575.700/0001-06, situada na Rua Kelsey nº 96, Bairro Jardim Canadá, no município de Nova Lima-MG.

A referida Busca e Apreensão resultou na apreensão de 03 (três) sacos de documentos diversos, lacrados e oficializados através da lavratura do Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 003156 e 04 (quatro) Autos de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais. Os nomes dos arquivos são os seguintes: “LAUT 0101”, “LAUT 0102” e “LAUT 0103” de 21/03/2019 e “LAUT 0104” de 08/04/2019 (Anexo 8).

Estes volumes foram deslacrados e identificados na presença do procurador da empresa, nas dependências da Delegacia Fiscal DF/BH-4, que recebeu cópia dos termos gerados, com a discriminação de todos os documentos que ficaram efetivamente apreendidos.

As aquisições das imagens dos Autos de Cópia e Autenticação de Arquivos Digitais foram realizadas com o uso de ferramentas e equipamentos para perícia em computação forense com a autenticação dos arquivos através da geração de códigos “Hash” (SHA1) destas imagens, garantindo-se assim, a preservação da integridade das evidências coletadas. Em cada Auto de Cópia e Autenticação de Arquivos Digitais constam a descrição do identificador de autenticidade formada pelo nome da imagem dada pela SEF ao computador da empresa e o Hash (SHA-1). O equipamento que a Fazenda utiliza para fazer a cópia emite, ao final de cada procedimento, um Hash para o arquivo contendo a imagem copiada (essa imagem é o espelho de tudo que foi encontrado no HD, no momento da cópia).

O Hash é uma sequência alfanumérica gerada através de um cálculo lógico, obtido através de toda informação contida no HD no momento da cópia. Havendo qualquer alteração no conteúdo do HD, o cálculo lógico resulta num Hash completamente diferente. Dessa forma, a geração do Hash, ao término da cópia, garante a total autenticidade da cópia gerada pela Fazenda.

Para realizar a cópia das 3 (três) primeiras imagens descritas no quadro abaixo utilizou-se o equipamento forense chamado SOLO IV. A última imagem, LAUT0104, foi elaborada através do método de cópia “seleção de arquivos” onde foram extraídos, do equipamento do contribuinte, relatórios do sistema gerencial BeerSales utilizados por ele. Estes relatórios foram unidos em um único arquivo que também foi autenticado através do código “Hash” SHA-1 descrito acima.

Ao final dos trabalhos de análise das imagens foi gerado o Relatório Técnico ERAD/BH 001/19 (Anexo 4).

As imagens e os Hash resultantes dessas cópias foram:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Imagem	Tamanho Gb	Hash SHA1
LAUT0101	931,5 GB	E6DADF9E2E0DED367F76F11F8CEFD306B9920B92
LAUT0102	465,8 GB	74DEA4381DC5885366B27225769D5DDF04D05B3C
LAUT0103	931,5 GB	111FC9FB7C523252568DE9532C6EC90F33BA4D27
LAUT0104	2,93 MB	b56d86a8f14085f190d63900e2fa37e6a6aee119

O exame da documentação física obtida nessa Busca e Apreensão permitiu ao Fisco confirmar que a empresa Läut Cervejaria Artesanal Ltda. vendia grande volume de cerveja e chope desacobertado de documento fiscal. Foram apreendidos mais de 2.000 (dois mil) formulários denominados “comandas” que formalizavam as operações de saídas de chope e cerveja realizadas pelo contribuinte. As “comandas” identificam o produto, a quantidade, os valores da operação, o destinatário, entre outras informações. No campo de “Obs.”, em muitas delas, consta a observação “sem nota”. Ressalte-se que essa “comanda” não é um documento fiscal hábil para acobertar as operações de trânsito de mercadorias.

Foram apreendidos também diversos boletos de pagamento das operações de venda vinculadas às “comandas” cujo beneficiário era o contribuinte autuado Läut cervejaria Artesanal Ltda. Entre as “comandas” apreendidas podemos destacar, a título de amostragem, as de nº 7032 de 23/10/2018, nº 7056 de 24/10/2018, nº 8092 de 29/11/2018, nº 8195 de 04/12/2018 e 8342 de 06/12/2018 (Anexo 5).

Também foram apreendidas fichas cadastrais de clientes que, no ato do cadastramento, faziam a opção pela compra de produtos com ou sem notas fiscais, demonstrando a nítida intenção do contribuinte em lesar os cofres estaduais (Anexo 6).

Em situações eventuais, a pedido do destinatário, o contribuinte emitia nota fiscal de saída. Sendo assim, as comandas 7376/ 7390/ 7391/ 7392/ 7393/ 7394/ 7395/ 7396/ 7398/ 7712, para as quais houve emissão de notas fiscais de saída, foram excluídas da apuração do Crédito Tributário deste Auto de Infração.

Após análise das imagens obtidas nos computadores da Autuada, cópiagem mencionada acima, foram selecionados aqueles arquivos de interesse para o Fisco. Verificou-se diversos documentos comprobatórios das vendas desacobertadas de documentos fiscais, deixando clara a intenção de sonegação fiscal.

Constata-se em várias imagens, e-mails comerciais da Läut efetuando vendas com os seguintes dizeres:

“pagamento será sempre a vista e SEM NF”, “sem nota”, “sem nota fiscal”. Verifica-se também, a prática de perguntar ao cliente se a venda vai ser realizada com nota fiscal ou sem nota fiscal (Anexo 7).

Em e-mail de 20/11/2018, o Gerente Comercial, Sr. Wellington Gomes, envia para alguns vendedores e-mail com assunto “Modelo padrão de cadastro de novos clientes”, orientando a padronização dos processos comerciais da empresa e anexa novo formulário padrão para cadastro de novos clientes. Informa que “Acrescentamos o campo no formulário: Com ou sem nota fiscal.” (Anexo 4/pág.15).

Em outro e-mail, de 23/11/2018, discute-se como será a política para venda com e sem nota fiscal. Assunto do e-mail “ENC Modelo padrão de cadastro de novos clientes.html”, enviado pelo Gerente Comercial, Wellington Gomes, encaminhando tabelas de PDV e distribuição acrescentada com e sem impostos. Menciona “Na realidade, o ideal é que todos vocês filtrem aqueles clientes que exigem nota fiscal da carteira, e já sinalizem que a partir de dezembro a empresa irá crescer 15% no preço quem solicitar nota fiscal, exceto redes, lojas de auto serviço. Em anexo, acrescentei as colunas com impostos nas tabelas. Reforço que, isso é uma solicitação da diretoria...”. Em seguida, o vendedor Luisão (Luis Otávio) questiona forma de trabalhar a apresentação desses valores diferenciados, com e sem nota fiscal. Logo após, a Sra. Francine Castro, Controladoria da Lãut, informa “Reforçando a solicitação do Sr. Wellington, conversei hoje com o Henrique repassando a situação dos vendedores que haviam nos informado grandes dificuldades em crescer o valor da NF nas garrafas. Ele pediu para que a força de vendas fizesse o possível para finalizar as vendas desta forma, já que é a prática do mercado. Logo em seguida, o Gerente Comercial, Wellington Gomes, reforça a orientação: “De acordo com a orientação do Henrique, realmente precisamos acrescer 15% nos valores de compras de clientes que solicitarem notas fiscais. É um processo que ele pediu para implantar na empresa para todos os produtos.” (Anexo 4/págs. 12 a 13).

Em outro e-mail de 16/01/2019 enviado por wellington@lautbeer.com.br para diversos vendedores (magda@lautbeer.com.br, guilhermealmeida@lautbeer.com.br; barbaraterra@lautbeer.com.br; eventos@lautbeer.com.br; delivery@lautbeer.com.br; danielvictor@lautbeer.com.br; leonardosilva@lautbeer.com.br) com cópia para adm@lautbeer.com.br; controladoria@lautbeer.com.br; producao@lautbeer.com.br cujo assunto está relacionado a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Estratégias de vendas - Novas promoções e preços agressivos”, com planilha definindo preços distintos dos produtos “Läut” sem nota ou com imposto. Isso demonstra a prática de sonegação fiscal da empresa disseminada para toda a equipe de vendas e também para os clientes, uma vez que desde o início das vendas, no ato da confecção da ficha cadastral, já ocorre a pergunta se as vendas serão com nota fiscal ou sem nota fiscal (Anexo 4/pág.10).

CERVEJAS 600 ML - NOVOS PREÇOS			SEM NOTA E AUTO SERVIÇO	IMPOSTO
PILSEN LÄUT (LAGER PURO MALTE)	CX	15	R\$ 6,59	R\$ 7,58
DARK LÄUT (DARK LAGER)	CX	15	R\$ 7,09	R\$ 8,15
LÄUT 1879 (ENGLISH PALE ALE)	CX	15	R\$ 8,89	R\$ 10,22
HOP LÄUT (SESSION IPA)	CX	15	R\$ 9,49	R\$ 10,91
SURF LÄUT(AMERICAN IPA)	CX	15	R\$ 11,79	R\$ 13,56
WEISS LÄUT (TRIGO)	CX	15	R\$ 8,79	R\$ 10,11
HARD LÄUT (DOUBLE IPA)	CX	15	R\$ 12,79	R\$ 14,71
KIT LÄUT COM 3 GARRAFAS DE CERVEJAS 600 ML	UNID	UNID	R\$ 33,25	R\$ 38,24

Observa-se que o e-mail acima é enviado originalmente pelo Gerente Comercial, Wellington, para vários usuários dentro da própria empresa, e depois encaminhado para “caudallarosa@gmail.com”.

Em outro e-mail “Re CADASTRO BARTHO – URGENTE!.html”, Caren Dallarosa, destinatária do e-mail acima e assinando no e-mail como fazendo parte do Setor Comercial da empresa, divulga nova mensagem promocional para vendas sem nota fiscal (Anexo 4/pág.11).

Importante acrescentar e enfatizar que a busca nos arquivos copiados pelo termo “Henrique” (administrador da Läut) resultou em inúmeros resultados que comprovam a efetiva administração do mesmo, tendo participação concreta no comando da Läut: definindo a política de vendas e de preços com e sem nota fiscal, sendo ele o responsável pela emissão das notas fiscais da empresa (Anexo 4/pág.38). Por exemplo, e-mail de 08/12/2018, Assunto: Pedido Superskinão Entrega CEASA, venda para o Supermercado Eskinão Ltda., CNPJ 25.994.179/0002-51, com a seguinte observação: “A NOTA DEVE SER FEITA PELO HENRIQUE POIS EXISTE ESPECIFICIDADES JÁ SABIDO POR ELE”.

O administrador Henrique Neves Santiago de Paula aparece como usuário, cliente e vendedor no sistema gerencial BeerSales utilizado pelo contribuinte Läut. Como usuário observa-se “Henrique Neves” fazendo cadastro de 5 pedidos, todos eles sem o respectivo documento fiscal.

Portanto, nas imagens LAUT103, LAUT101 e nos relatórios presentes na imagem LAUT104 mostram a influência do Sr. Henrique na gestão e operacionalização da empresa Lãut.

Todos esses exemplos citados, corroboram a intenção contumaz de lesar os cofres públicos. Os documentos mencionados acima encontram-se no “Relatório Técnico – 001/19” extraído das copiagens realizadas no estabelecimento da Lãut (Anexo 4).

Entre os documentos copiados, encontra-se o “Relatório de Faturamento Analítico”, em planilha Excel denominada “Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24”, que elenca, de forma detalhada, todas as operações de saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, no período compreendido entre maio/2017 a abril/2019. Constam os seguintes dados na planilha em questão: Empresa, N° Pedido, Série, Nota Fiscal, Situação NF-e, Usuário, Cód. Cliente, Cliente (Razão Social/Nome), Cliente (Nome Fantasia/Apelido), Tipo Pessoa, Grupo de Clientes, UF, Cidade, Bairro, Endereço, Número, Complemento, CEP, Vendedor, Lançamento, Entrega, Retorno, Entregador, Status, Operação, Cód. Produto, Produto, Grupo de Produto, Estilo, Marca, Qtde, Unidade, Preço Unit., Litros, Preço Litro, Valor Item, Valor Cobrado, Forma Pagto., Custo Item, Impostos, Valor Cobrado – Impostos e Comanda Gerada (Anexo 2).

A referida planilha foi utilizada no levantamento das saídas desacobertadas e no cálculo do imposto devido, sendo que se encontram juntadas ao presente AI a planilha original (Anexo 2) e a planilha com a apuração da base de cálculo do imposto devido (Anexo 1).

10 – Base de Cálculo e Valor do ICMS-OP e ICMS-ST

Como base de cálculo para o ICMS próprio foi considerado o valor presente na planilha mencionada acima “Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24” a título de “Valor Item” (Anexo 2).

Para as vendas em que tal valor não foi indicado, o valor da operação foi arbitrado de acordo com o artigo 194, § 4º do RICMS/2002, conforme tabela que compõe o Anexo 1. Os valores arbitrados encontram-se assinalados na planilha do Anexo 1 (BC ICMS PRÓPRIO) com preenchimento na cor “laranja”. Os valores arbitrados foram obtidos através das médias simples anuais para chope e cerveja.

A partir da identificação dos produtos elencados na planilha em questão, vinculamos os Preços Médios

Ponderados ao Consumidor Final - PMPF's previstos em Portarias SUTRI (Anexo 3). Multiplicando-se a quantidade de cada produto pelo seu respectivo PMPF obtivemos a base de cálculo do ICMS-ST e FEM (Anexo 1).

As operações de saída com cerveja e chope consideradas para composição da base de cálculo do imposto e FEM devidos foram: bonificação, consignação, remessa de mercadorias, venda a pessoa física, venda a pessoa jurídica e venda a pessoa jurídica consumidor final.

Na venda a consumidor final, Pessoa Física ou Pessoa Jurídica, foi exigido apenas o ICMS sobre a operação própria, além do FEM.

11- Responsabilidade Tributária dos Sujeitos Passivos

Em razão da existência de mais de um sujeito passivo no presente Auto de Infração é necessário descrever a responsabilidade tributária de cada um nesta autuação fiscal.

11.1 - Lãut Cervejaria Artesanal Ltda.

A responsabilidade tributária da empresa Lãut Cervejaria Artesanal Ltda. deu-se em razão de ter vendido cerveja e chope desacobertado de documento fiscal, no período de 01/05/2017 a 30/04/2019.

11.2 - Henrique Neves Santiago de Paula - CPF: 084.546.696-80

Vários foram os motivos que levaram o Fisco a colocar o Senhor Henrique Neves Santiago de Paula como um dos sujeitos passivos, como por exemplo:

-sócio administrador da Lãut Cervejaria Artesanal EIRELI de 18/11/2016 a 08/11/2018 (Registros na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais - Anexo 10)

-Administrador da empresa Lãut Cervejaria Artesanal Ltda. (a partir de 09/11/2018) por intermédio das novas sócias HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda. e Livcash Cobranças Ltda., nos termos da sétima cláusula da 2ª Alteração Contratual por Transformação de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI em Sociedade Empresária Limitada - Registro nº 31211216475 em 09/11/201(Anexo 10).

-sócio administrador da HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda (desde 04/08/2017)

- sócio administrador da Livcash Cobranças Ltda (desde 11/11/2014)

11.3 –HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda.

A empresa é sócia capitalista, detentora de 95% (noventa e cinco por cento) do capital da Lãut Cervejaria Artesanal Ltda, desde 09/11/2018.

OBS: Henrique Neves Santiago de Paula é sócio administrador da HNSDP (Anexo 12) - (mesmo administrador da Lãut).

11.4 – Livcash Cobranças Ltda.

A empresa é sócia capitalista, detentora de 5% (cinco por cento) do capital da Lãut Cervejaria Artesanal Ltda, desde 09/11/2018.

OBS: Henrique Neves Santiago de Paula é sócio administrador da LIVCASH (Anexo 11) - (mesmo administrador da Lãut).

Portanto, também foram incluídas como sujeitos passivos, a sócia capitalista HNSDP PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, CNPJ:28.385.473/0001-73, e a sócia capitalista LIVCASH COBRANÇAS LTDA, CNPJ:21.454.032/0001-37, com fundamento nos artigos 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) - Lei nº 5.172/66; art. 21, §2º, inciso II e art. 207, §1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75, já que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula é sócio das citadas empresas na condição de administrador. Procedimento em conformidade com a Portaria SRE nº 148/2015.

O administrador da Lãut, Henrique Neves Santiago de Paula, CPF nº 084.546.696.80, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, com fundamento nos artigos 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) - Lei nº 5.172/66; art. 21, §2º, inciso II e art. 207, §1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75. Procedimento em conformidade com a Portaria SRE nº148/2015.

A inclusão do Sr. HENRIQUE NEVES SANTIAGO DE PAULA, da HNSDP PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA e da LIVCASH COBRANÇAS LTDA no polo passivo da obrigação tributária também encontra respaldo no entendimento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS sobre a responsabilidade solidária do art.124 do CTN, quando se manifesta através do ACORDÃO publicado em 17/05/2019, relacionado ao processo

nº:1.0105.01.045437-6/008, nos seus itens 16 e 17 (Anexo 13):

“16. A inclusão da recorrente no polo passivo da cautelar fiscal obedece à previsão legal e depende apenas da sua condição como responsável tributário à luz do CTN.

“17. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça entende ser aplicável a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN quando há comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial.”

12 – Anexos ...” (Grifou-se)

Relatório Técnico 001/19 (fls. 34/76)

“... CONCLUSÕES

A busca pelos termos “sem nf” e “sem nota” resultou em inúmeras ocorrências na imagem LAUT0103. Os e-mails emitidos pelo setor comercial da empresa deixam claro a política de vendas sem a emissão de documento fiscal.

A busca por “Henrique” nas imagens LAUT0103, LAUT0101 e nos relatórios presentes na imagem LAUT0104 mostram a influência do mesmo na gestão e operacionalização da empresa.

A imagem LAUT0104 contém os relatórios do sistema “BeerSales” utilizado pela empresa na geração das comandas.

Todos os arquivos citados neste relatório, bem como este próprio relatório estão no DVD anexo a este relatório organizados da seguinte forma:

A) Pasta HENRIQUE => Possui os arquivos válidos das imagens LAUT0101, LAUT0103 E LAUT 0104 que atenderam à busca. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...” que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

B) Pasta SEM NOTA => Possui os arquivos válidos da imagem LAUT0103 que atenderam à busca. Em cada subpasta existe um arquivo começado por “Propriedades...” que mostra as propriedades de cada arquivo e sua localização dentro da imagem;

C) Pasta LAUT0104 => Contém os relatórios extraídos do sistema gerencial BeerSales;

D) Pasta RELATORIO_ERADBH => Contém este relatório ...” (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a Autuada, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido em relação às operações subsequentes com cervejas e chopes, nos termos estabelecidos no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02 (produtos relacionados no Capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV).

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes. (Grifou-se).

Por sua vez, a exigência do adicional de alíquota do ICMS/ST referente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) está prevista no art. 12-A da Lei nº 6.763/75.

Lei nº 6.763/75

Art. 12-A. Fica estabelecido, para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com vigência até 31 de dezembro de 2019, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota prevista para a operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, com as mercadorias abaixo relacionadas, inclusive quando a alíquota for fixada no regulamento do imposto:

I - cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardentes de cana ou de melão;

(...)

(Grifou-se).

Por seu turno, a exigência do ICMS relativo às operações próprias do estabelecimento autuado se deve à não declaração dos fatos geradores por ela praticados, na condição de contribuinte do imposto, por ter promovido saídas das mencionadas mercadorias sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

A base de cálculo do ICMS relativo às operações próprias foi calculada pelo Fisco a partir dos dados contidos nos próprios documentos apreendidos no estabelecimento autuado (planilha “Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24”).

Nos casos em que os documentos apreendidos não continham a informação do valor do produto, o Fisco arbitrou o valor da operação, com fulcro no art. 53, inciso III c/c art. 194, § 4º do RICMS/02, utilizando como parâmetro os preços médios praticados pela Autuada em outras operações com cerveja e chope, indicados nos mesmos documentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02

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

[...]

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

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

[...]

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal, para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

Lado outro, a base de cálculo do ICMS/ST foi apurada mediante utilização dos Preços Médios Ponderados a Consumidor Final (PMPFs), estabelecidos em Portarias da Superintendência de Tributação, nos termos do art. 19, inciso I, subalínea “b.1” do Anexo XV do RICMS/02.

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

[...]

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

Os valores de ICMS devidos foram calculados mediante a aplicação da alíquota estabelecida para os produtos, nos termos do art. 42, inciso I, alínea “i” do RICMS/02, sobre as respectivas bases de cálculo (operação própria ou relativa à ST).

RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

[...]

i) 23% (vinte e três por cento), nas operações com cervejas e chopes alcoólicos;

Contrapondo-se ao feito fiscal, os Impugnantes centraram suas defesas nos tópicos a seguir, que serão analisados na ordem em que apresentados, excetuando-se os argumentos já enfrentados nos tópicos relativos às preliminares.

“Falta de Identificação da Natureza das Operações - Venda Direta a Consumidor Final ou Venda para Revenda” (Argumento Acatado pelo Fisco):

Os Impugnantes alegam que “*o Fisco procedeu à apuração do ICMS-ST sem, contudo, aferir se as operações listadas no Anexo 2 se tratavam, de fato, de vendas para revendedores ou consumidores finais, a configurar hipótese ou não de incidência do ICMS-ST*”, isto é, segundo os Impugnantes, não foi tomada nenhuma medida pelo Fisco para averiguar a natureza das operações e se estas se referiam a vendas para revendedores ou a vendas diretas a consumidores finais.

Acrescentam que “*a planilha utilizada pelo Fisco (Anexo 2) não contém sequer informação de CPF/CNPJ das pessoas ali indicadas como ‘clientes’ para assevera que se trata de pessoas físicas ou jurídicas*”.

Citam, a título de exemplo, as seguintes ocorrências:

1) Cliente: Open Place Escritórios Compartilhados Ltda

Segundo os Impugnantes, embora se trate de pessoa jurídica, a empresa não é revendedora de bebidas.

2) Cliente: Laut Cervejaria Artesanal

De acordo com os Impugnantes, trata-se de operações relacionadas a eventos festivos, tais como exposições, feiras, festas de cervejas artesanais, “chopadas”, entre outros, em que os produtos são expostos para serem oferecidos gratuitamente ou vendidos diretamente a consumidores finais, acrescentando que, por se tratar de empresa nova, em fase de expansão, muitas vezes os produtos são expostos e oferecidos gratuitamente ao público em eventos, para exploração de marketing e divulgação da marca.

Concluem, dessa forma, que a cobrança do ICMS/ST nesses casos é completamente indevida.

Esses argumentos foram acatados pelo Fisco (fls. 355/356), que promoveu a retificação do crédito tributário, excluindo as exigências do ICMS/ST relativos a remessas destinadas a “EVENTOS” diversos, bem como em relação às operações realizadas pela Autuada, destinadas à empresa Open Place Escritórios Compartilhados Ltda.

Acrescente-se que o Fisco intimou a Autuada a apresentar “*relação de todas as operações de saída de mercadorias destinadas a consumidores finais, em planilha EXEL, devidamente comprovadas por documentação com validade jurídica*” (fl. 344), porém a Autuada, alegando ilegitimidade passiva, argumentou que “*a planilha denominada ‘Faturamento Analítico Impostos 10 50 24’ (Anexo 2 do AI), que serviu de base para apuração do crédito tributário, refere-se a vendas efetuadas pela empresa*

WBEER Fabricação Ltda.”, estando impossibilitada de apresentar documentos de terceiros (fl. 348).

No entanto, a sujeição passiva da Autuada, conforme demonstrado no Relatório Fiscal e no Relatório Técnico ERAD/BH nº 001/19, é notória, o que será analisado em tópico específico para esse fim, devendo-se reiterar que todos os documentos físicos e digitais (“imagens” LAUT0101, LAUT 0102, LAUT0103 e LAUT0104), que serviram de fundamentação para a presente autuação, especialmente a planilha intitulada “Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24”, foram apreendidos no estabelecimento autuado. Nessa planilha os campos “Empresa” e “Marca” são preenchidos com a informação de que se trata de produtos “LAUT BEER”.

“Irregularidade dos Critérios Utilizados para Arbitramento de Valor de Operação” (Argumentos Parcialmente Acatados pelo Fisco – Alteração dos Preços Arbitrados):

Os Impugnantes relatam, inicialmente, que, de acordo com o Relatório Fiscal, para a base de cálculo do ICMS relativo à operação própria, o Fisco considerou o valor presente na planilha “Faturamento_Analitico_Impostos14_50_24”, a título de “Valor Item” e, para os casos em que tal valor não foi indicado, o valor da operação foi arbitrado de acordo com o art. 194, § 4º do RICMS/02, tomando como parâmetro as médias simples anuais para chope e cerveja.

Salientam, nesse sentido, que, *“se de um lado o Fisco considera que as operações indicadas nesta planilha refletem as vendas da Autuada, por outro, não pode o Fisco alterar os dados desta planilha e ‘criar’ valores para as operações em que o campo ‘valor do item’ não possui valores”*.

Acrescentam que, *“além de não poder alterar a planilha como o fez, faltou ao Fisco uma análise mais acurada para verificar que, em sua maioria, tratava-se de bonificações, conforme indicado na própria planilha no campo ‘Operação’”*.

Destacam que, *“os descontos que independem de condição, como no caso das bonificações, não integram a base de cálculo do ICMS, conforme prescrevem o art. 13, § 1º, inciso II, alínea ‘a’ da Lei Complementar nº 87/96 e art. 13, § 2º, I, alínea ‘b’, da Lei nº 6.763/75”*.

Além disso, segundo os Impugnantes, o arbitramento foi realizado em flagrante desconformidade com o que determina o art. 194, § 4º do RICMS/02, o qual prevê que o valor da operação será arbitrado tomando como critério o preço unitário das saídas.

Consignam, nesse sentido, que *“a própria planilha que sustenta o trabalho fiscal (Anexo 2) contém uma coluna com o nome do produto (campo ‘produto’) e outra com o respectivo preço unitário (campo ‘Preço Unit.’)”* e relacionam à fl. 214 diversos tipos de cervejas e chopes, cujos ados foram extraídos da referida planilha.

Afirmam que, *“não obstante, ignorando as várias marcas de bebidas, bem como seus respectivos preços unitários, preferiu o Fisco arbitrar, para os produtos que não indicavam valor unitário na planilha, um valor único para todos os tipos de cervejas e outro valor único para todos os tipos de chope, valores estes, obtidos*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

através de médias simples anuais, conforme assinalado na planilha 'ARBITRAMENTO BC ICMS OP' do Anexo 1, do AP', conforme abaixo:

TABELA DO ARBITRAMENTO APLICADA QUANDO O VALOR UNITÁRIO DO PRODUTO NÃO FOI INDICADO NA PLANILHA DO CONTRIBUINTE

Produto/Ano	2017			2018			2019		
	Litro	300ml	600ml	Litro	300ml	600ml	Litro	300ml	600ml
Chope	8,08	-	-	7,51	-	-	7,00	-	-
Cerveja	-	-	11,02	-	5,74	9,25	-	5,58	9,00

Reiteram que o critério utilizado pelo Fisco é completamente inadequado, desprovido de fundamento, em clara infringência ao art. 194, § 4º do RICMS/02, pelos seguintes motivos:

- “A uma, porque o fiscal tinha pleno conhecimento dos preços unitários dos produtos constantes na própria planilha”;
- “A duas, porque, fosse caso de arbitramento, este deveria ser feito por mercado do produto (ex.: cerveja pilsen, cerveja Pale Ale, chope Dark Lager, chope Weiss, etc.), não simplesmente de forma genérica como fez: um preço único para todas as marcas de cerveja e outro preço único para todos os chopes”.

Ponderam que, “segundo o relato do fiscal, os valores arbitrados foram obtidos através de média SIMPLES. No entanto, fosse o caso de arbitramento, seria necessário utilizar a média PONDERADA, em que se considera no cálculo, não apenas o preço, mas também o volume de vendas em determinado período”.

Argumentam que, “além disso, tendo em vista que a planilha (Anexo 2) contempla a data das operações, com indicação de dia, mês e ano, eventual arbitramento não poderia ser obtido por meio de média ANUAL como foi feito, mas sim através de média ponderada MENSAL, que melhor reflete a realidade do preço no período de ocorrência da operação”.

Finalizam afirmando que “o Fiscal possuía pleno conhecimento do preço de cada uma das marcas dos produtos no período fiscalizado, todavia, optou por fazer um arbitramento genérico, mediante critérios inadequados e alheios ao ordenamento, razão pela qual impõe-se a nulidade do lançamento”.

Com relação ao arbitramento propriamente dito, o Fisco acatou os argumentos dos Impugnantes e promoveu a retificação do crédito tributário, passando a adotar, para fins de apuração da base de cálculo da operação própria do estabelecimento autuado, os preços médios indicados na mídia eletrônica acostada às fls. 362, cujo resumo se encontra abaixo reproduzido:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERVEJAS 300 ml DIVERSAS				CERVEJAS 600 ml DIVERSAS				CHOPES DIVERSOS			
MÊS	2017	2018	2019	MÊS	2017	2018	2019	MÊS	2017	2018	2019
JAN	-	-	4,45	JAN	-	9,27	7,56	JAN	-	7,65	6,15
FEV	-	-	4,84	FEV	-	9,09	7,42	FEV	-	7,26	5,96
MAR	-	-	3,59	MAR	-	8,19	8,12	MAR	-	6,76	6,41
ABR	-	9,50	-	ABR	-	8,64	7,44	ABR	-	6,76	6,47
MAI	-	-	-	MAI	-	10,17	-	MAI	8,23	6,99	-
JUN	-	6,74	-	JUN	-	8,74	-	JUN	8,30	6,74	-
JUL	-	5,72	-	JUL	11,25	8,51	-	JUL	7,93	6,34	-
AGO	-	6,27	-	AGO	14,75	8,25	-	AGO	8,16	6,73	-
SET	-	4,77	-	SET	10,63	8,92	-	SET	7,76	6,91	-
OUT	-	4,63	-	OUT	11,74	8,44	-	OUT	7,55	6,40	-
NOV	-	5,30	-	NOV	11,02	7,68	-	NOV	7,28	6,47	-
DEZ	-	4,82	-	DEZ	9,48	8,04	-	DEZ	6,80	6,06	-

Na verdade, com relação aos preços arbitrados, destacados com a cor “Laranja”, o Fisco passou a adotar os valores indicados a título de “Preço Unitário”, indicados na planilha apreendida, multiplicados pelas quantidades de cada tipo de produto comercializado, em cada mês e exercício em que ocorreram operações com os produtos em questão

Tal afirmação poder ser facilmente verificada mediante análise da planilha relativa à retificação do crédito tributário (CD – fl. 362), onde, na coluna “Q”, destacada com a cor “Laranja”, que se refere ao “Valor Item”, foi inserida a fórmula de multiplicação das quantidades indicadas na coluna “AE” (quantidade) pelo preço unitário especificado na coluna “AG”, para cada tipo/marca de cerveja (300 ou 600 ml e seus tipos) e chope comercializados, nos termos estabelecidos no art. 194, § 4º do R4ICMS/02, o que afasta por completo as indagações dos Impugnantes sobre essa questão.

RICMS/02

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

[...]

§ 4º Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

Quanto às bonificações, verifica-se não assistir razão aos Impugnantes.

Com efeito, ao contrário das afirmações dos Impugnantes, a bonificação constitui fato gerador do imposto, conforme preceitua o art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75, uma vez que ocorre a transferência física e jurídica da mercadoria bonificada.

Lei nº 6.763/75

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Há várias consultas de contribuintes que corroboram esse entendimento, podendo ser citada, a título de exemplo, a solução dada à Consulta de Contribuinte nº 190/2009, *verbis*:

Consulta de Contribuinte nº 190/2019

Ementa:

“ICMS - INCIDÊNCIA - BONIFICAÇÃO - Nos termos do inciso VI do art. 2º do RICMS/2002, ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação.”

“Exposição:

[...]

Com dúvida sobre a aplicação da legislação tributária, formula a presente consulta.

Consulta:

1 - Em face do entendimento jurisprudencial sobre a não incidência do ICMS sobre as bonificações em mercadoria, a Consulente deverá continuar sujeitando à incidência do ICMS as saídas de mercadorias em bonificação que integram o valor da venda?

2 - Considerando que as bonificações fazem parte das vendas e que a base de cálculo do crédito presumido concedido pelo RET nº 105/2016 é o preço das vendas praticadas pelo estabelecimento, está correto o entendimento no sentido de que o estabelecimento industrial que promove a saída de mercadoria em bonificação faz jus ao crédito presumido sobre essa operação?

Resposta:

1 - Sim ...

Após este esclarecimento inicial, cumpre destacar que, a teor do disposto no inciso VI do art. 2º do RICMS/2002, ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, sendo que, conforme estabelecido na alínea “a” do inciso IV do art. 43 desse mesmo Regulamento, a base de cálculo do ICMS na

operação de saída de mercadoria em bonificação será a definida nas subalíneas da citada alínea “a”.

Desse modo, as saídas dos colchões produzidos pela Consulente, incluindo aqueles dados em bonificação, constituem fato gerador do ICMS e possuem como base de cálculo o valor da operação de venda praticada por ela.

Nesse diapasão, esclareça-se, ainda, que a saída em bonificação e desconto incondicional não se confundem, eis que a bonificação comercial é concedida sob a forma de mercadorias com o propósito de serem comercializadas, enquanto o desconto incondicional trata-se de redução do preço do produto oferecida ao cliente.

2 - ...

[...]

Por oportuno, ressalte-se que após a resposta à Consulta de Contribuinte nº 116/2010, esta Diretoria já manifestou, reiteradas vezes, seu entendimento no sentido de que ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, conforme é possível verificar nas Consultas de Contribuintes nº 169/2012, 244/2013, 045/2013, 060/2013, 044/2015, 061/2015, 097/2016, 132/2016, 161/2017 e 034/2018, disponíveis no sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais na internet.”

Embora prescindível, há que se destacar que, muito embora se referia a outra unidade da Federação, o entendimento acima exposto é o mesmo externado pela SEF/SC na Consulta nº 030/2008. Confira-se:

Consulta nº 030/2008 - (SEF/SC)

Ementa:

“ICMS. BONIFICAÇÕES EM MERCADORIAS. HÁ INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE AS BONIFICAÇÕES EM MERCADORIAS, POIS OCORRE CIRCULAÇÃO, TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE E GRAVAME PARA O CONSUMIDOR.”

1 - Da Consulta

Presta-se a consulente à fabricação e comercialização (importação e exportação, inclusive) de produtos sanitários e afins, acabamentos metálicos e produtos hidráulicos de forma geral.

No exercício de suas atividades, a empresa, não raramente, concede aos seus clientes “como prática

comercial demandada em suas relações negociais, descontos incondicionais em mercadorias”.

A consulta é formulada visando a obter “esclarecimento e confirmação quanto ao entendimento (...) de passar a não tributar pelo ICMS as remessas de mercadorias entregues em bonificações por revestirem-se na forma de descontos incondicionais”.

À sua crítica, tanto o desconto quanto a bonificação são tipos de abatimento; esta, sob a forma de unidades físicas do produto; aquela, em abatimento de valor.

E, como os descontos incondicionais não constituem fato gerador do ICMS, conclui que igual tratamento deve ser dispensado às bonificações. Até porque, ambos representariam vantagens apenas para o destinatário, e não para o vendedor.

Questiona a licitude da prática fiscal descrita, escorando sua argumentação em decisões administrativas sobre a matéria proferidas pela Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região, pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador e pelo Conselho de Contribuintes do Distrito Federal.

Fundamentação e Resposta

Nas suas operações de venda, a empresa concede aos seus clientes abatimentos sob a forma de unidades físicas do produto, constituindo as chamadas bonificações em mercadorias.

O argumento central em que se baseia a tese da consultante é o de que as bonificações concedidas em mercadorias vinculadas às operações de vendas - e que representam parcela redutora do valor da transação - revestem-se na forma de desconto incondicional, por ela chamado de descontos incondicionais em mercadorias.

Primeiramente, façamos um acordo semântico quanto aos significados dos termos desconto e bonificação. Começemos pelo último.

Bonificação é a concessão que o vendedor faz ao comprador, diminuindo o preço da coisa vendida ou entregando quantidade maior do que a estipulada. (Novo Dicionário Aurélio, 1ª Edição, Editora Nova Fronteira, pg. 218)

Da definição apresentada, podemos discernir dois tipos de bonificação: a bonificação por diminuição do preço (desconto porcentual, por exemplo) e a

bonificação pela entrega a maior de mercadorias (dúzia de treze, por exemplo).

Se decorrente de fato incondicional, existe abordagem legal, por exclusão, quanto à bonificação por diminuição do preço (RICMS/SC, art. 22, II, “a”), no sentido de que não integra a base de cálculo do imposto, por uma razão muito simples: é que a bonificação por diminuição do preço nada mais é do que o “desconto” a que faz alusão o referido dispositivo.

Vejamos a linha de raciocínio seguida por De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico) para quem desconto é

Derivado do verbo descontar (dês + contar, ou seja, não contar ou não computar, do latim computare), bem indica o vocabulário, por sua formação, o sentido que tem: é a redução a que se submete a soma de certa importância ou quantia, pela diminuição ou não contagem de certa parcela. Representa, pois, o abatimento que é feito no total de qualquer soma em dinheiro, ou no valor de qualquer obrigação, para ser cumprida, assim, pelo líquido, verificado pela subtração do desconto da importância da qual ele se abate.

Já que desconto é a redução a que se submete certa importância ou valor de uma obrigação, deduz-se que bonificação não é desconto. Sim, porque bonificação não é a redução da quantia a ser paga, mas uma espécie de compensação ou prêmio dirigido ao cliente em face da estratégia comercial adotada pelo vendedor.

Na prática, o preço médio dos produtos adquiridos - que restará menor em função das unidades dadas em bonificação - é um efeito indireto, já que o preço das mercadorias efetivamente negociadas continua idêntico.

Ainda que negligenciássemos a inevitável conclusão quanto ao fato de a bonificação em mercadoria não constituir, a rigor, espécie de desconto, outros aspectos jurídico-tributários, per se, impediriam o entendimento proposto pela consultante.

O primeiro aspecto a ser analisado é se um produto dado em bonificação é mercadoria ou não. Roque Antonio Carrazza (ICMS, 10^a ed, pg. 41) define mercadoria da seguinte maneira:

É o caso de rememorarmos que mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade

mercantil, que obedece, por isso mesmo, ao regime jurídico comercial.

E continua,

Não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão-só aquele que se submete à mercancia. Podemos, pois, dizer que toda mercadoria é bem móvel, mas nem todo bem móvel é mercadoria. Só o bem móvel que se destina à prática de operações mercantis é que assume a qualidade de mercadoria.

Um bem não é mercadoria por sua própria natureza. Sua natureza mercantil não decorre das propriedades que lhe são intrínsecas, mas de sua destinação específica. Sendo assim, uma máquina de fabricar pregos, por exemplo, só será mercadoria para quem a produz ou a revende; para a fábrica de pregos - onde será "imobilizada" - perderá o status de mercadoria por faltar-lhe a destinação comercial.

Poder-se-ia tentar argumentar que os bens objeto das bonificações efetuadas não são mercadorias por não serem vendidas ao cliente. Mas não seria sensato fazê-lo por dois motivos.

Primeiro, porque as mercadorias dadas em bonificação não são simplesmente doadas pela consulente (como que para uma instituição de caridade). Elas são fruto, isto sim, de uma negociação cujo objetivo é o lucro, e na qual uma quantidade das mesmas mercadorias são negociadas, constituindo um prêmio pelo acordo comercial selado.

Caso não tivesse ocorrido a venda, igualmente não haveria qualquer bonificação, o que faz desta um componente daquela, e sem a qual não existiria (lógica que sobreviverá, inclusive, à emissão de dois documentos fiscais: um para as mercadorias vendidas; e, outro, para as dadas em bonificação).

Em segundo lugar, porque ocorre uma transferência de titularidade que leva a mercadoria da produção em direção ao consumo e com fins lucrativos, considerados não só o fato de que a consulente obtém lucro na operação a qual é atrelada a bonificação, mas, também, a destinação que lhe será atribuída pelo cliente: o comércio.

Em suma, as mercadorias dadas em bonificação pela consulente, como o próprio nome sugere, não perdem o status de mercadoria (não, até alcançarem o consumidor final), pois são recebidas pelo destinatário com o propósito último - e inequívoco - de serem comercializadas.

Outro aspecto a ser analisado é se a bonificação em mercadoria constitui operação de circulação, para que possa ser objeto da incidência do imposto.

O vínculo obrigacional equivalente ao conceito de tributo nasce da ocorrência do fato imponible, sendo este o evento acontecido efetivamente no tempo e no espaço e, por corresponder rigorosamente a uma hipótese legal previamente formulada, faz surgir a obrigação tributária.

O fato imponible é um fato juridicamente relevante a que a lei atribui a consequência de determinar o surgimento do vínculo obrigacional tributário. Esse fato relevante, no caso em análise, é a circulação de mercadorias.

Segundo a Constituição, o ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” (art. 155, II).

Pela ampla abrangência dada ao imposto pela Magna Carta, podemos concluir que tantas quantas forem as situações por intermédio das quais se promova a circulação de mercadorias, ressalvadas, obviamente, as exceções legais, teremos incidência de ICMS.

O caminho que se impõe à mercadoria, numa seqüência de transmissões sucessivas entre uma pessoa e outra, impulsionando-a em direção ao seu consumo, é que chamamos de circulação.

Isso equivale afirmar que qualquer negócio correspondente a uma etapa do circuito que ela percorre da produção até o consumo constituirá situação potencial de incidência do imposto. É o caso em análise.

Nesse sentido, é o magistério de Hugo de Brito Machado para quem “circulação quer dizer, aqui, movimentação econômica. A marcha que as coisas realizam desde a fonte de produção até o consumo” (Aspectos Fundamentais do ICMS, 2. ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 27).

Não fossem suficientes as argumentações apresentadas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 89.692, julgado em 6 de março de 1979, DJ 4/5/79, pg. 3522) já decidiu que:

INCIDE O ICM SOBRE AS BONIFICAÇÕES EM MERCADORIAS NAS VENDAS DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS, POIS, NA ESPÉCIE, OCORRE

CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS COM TRANSFERÊNCIA DE SUA PROPRIEDADE E GRAVAME PARA O CONSUMIDOR.” (Grifou-se)

Disponível em:

HTTP://200.19.215.13/LEGTRIB_INTERNET/HTML/CONSULTAS/2008/CON_08_030.HTM

Depreende-se do texto acima que “*desconto*” é a redução a que se submete certa importância ou valor de uma obrigação. Por outro lado, “*bonificação*” não é sinônimo de redução da quantia a ser paga, mas uma espécie de compensação ou prêmio dirigido ao cliente em face da estratégia comercial adotada pelo vendedor.

Além disso, na bonificação ocorre a transferência física e jurídica da mercadoria, motivo pelo qual, como já afirmado, constitui fato gerador do imposto, nos termos do art. 6º, inciso VI da mesma Lei nº 6.763/75, integrando, pois, a base de cálculo do imposto, conforme art. 13, inciso IV da mesma lei.

Lei nº 6.763/75

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

.....

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 6º, o valor da operação.

Se o produto concedido em bonificação for diferente daquele adquirido ou fabricado, inexistindo preço de referência para efeito de cálculo do imposto, devem ser utilizadas as regras constantes no art. 43, inciso IV do RICMS/02, para fins de obtenção da base de cálculo do ICMS, não sendo este, entretanto, o caso dos autos, pois na planilha utilizada pelo Fisco consta o valor unitário de cada produto bonificado (na mesma ou em outras operações – linhas da planilha) ou o valor da operação propriamente dito.

Correto, portanto, o procedimento fiscal ao incluir na base de cálculo do ICMS relativo à operação própria do estabelecimento autuado o valor das bebidas cedidas em bonificação, devendo-se ressaltar que na planilha supracitada não há nenhum valor especificado como desconto incondicional.

“Ilegalidade das Portarias/SUTRI em Instituir Base de Cálculo do ICMS-ST – Ofensa aos Princípios da Legalidade Estrita e da Hierarquia das Leis”:

Os Impugnantes transcrevem as disposições contidas no art. 8º e seus § 4º e 6º da LC nº 87/96, bem como no art. 13, § 19 e 29 da Lei nº 6.763/75, e afirmam que “no ano de 2005, foi editado o Decreto Estadual nº 44.147/05, que acrescentou o

Anexo XV ao Regulamento do ICMS (RICMS ...) alterando a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária”.

Salientam que, “*em decorrência das alterações da base de cálculo introduzidas pelo Decreto Estadual nº 44.147/05 (Anexo XV do RICMS), foram expedidas as Portarias da SUTRI, dentre elas as de nº 611/16, 663/17, 707/17, 743/18 e 799/18, divulgando preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) para cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope”.*

Assim, no entender dos Impugnantes, “*a base de cálculo do ICMS-ST passou a ser feito por Pauta Fiscal instituída pelas Portarias acima mencionadas, em discordância com a Lei estadual nº 6.763/75 e com a Lei Complementar nº 87/96, o que é ilegal e inconstitucional”.*

Transcrevem o enunciado da Súmula 431 do STF, que tem o seguinte teor:

“*É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.*”

Concluem que, “*a base de cálculo do imposto deve estar definida na lei de regência do respectivo tributo. Daí a ilegalidade e, também, a inconstitucionalidade de regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo (Portaria) para a estipulação da base de cálculo do imposto”.*

No entanto, ao contrário da afirmação dos Impugnantes, não há que se falar em “Pauta Fiscal” no caso ora em análise.

Nesse sentido, há que se destacar, inicialmente, que no Estado de Minas Gerais, para as mercadorias que não possuem preço sugerido pelos fabricantes, o RICMS/02 permite a utilização de dois sistemas distintos para fins de apuração da base de cálculo do ICMS/ST: o PMPF e a MVA.

Porém, em observância ao disposto na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei Estadual nº 6.763/75, o RICMS/02 regula a forma de apuração da base de cálculo do ICMS/ST, que deverá obedecer a seguinte ordem:

- (I) o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF);
- (II) o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou
- (III) o preço praticado pelo remetente, acrescidos os encargos adicionais à parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA).

Logo, ressalvada as exceções estabelecidas na legislação, o PMPF deve ser aplicado como regra geral, uma vez que a legislação o colocou em posição de preferência na ordem dos critérios possíveis de utilização para se calcular o ICMS/ST.

Essa conclusão se extrai de toda a legislação que disciplina as regras aplicáveis à apuração da base de cálculo do ICMS/ST, a começar pelo art. 13 da Lei nº 6.763/75, *verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

[...]

§ 19 A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a - o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b - o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c - a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 20 Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.

§ 21 Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo esse preço.

[...]

§ 29 Em substituição ao disposto no item 2 do § 19 deste artigo, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou a sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas na alínea "c" do mesmo item. (Grifou-se).

Conforme se observa, o item 2 do § 19 do art. 13 da Lei mineira dispõe que a base de cálculo do ICMS/ST será o valor da operação, nele incluídos os demais valores cobrados do destinatário, acrescido da MVA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Porém, o § 29 do mesmo artigo possibilita a utilização do PMPF, na forma estabelecida em regulamento.

Tal regramento está em consonância com o disposto no inciso II c/c § 6º, ambos do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, que autoriza aos Estados a adotarem, para fins de apuração da base de cálculo da substituição tributária, a utilização de dois sistemas distintos para fins de apuração da base de cálculo do ICMS/ST: o PMPF e a MVA.

Lei Complementar nº 87/96

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

[...]

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

[...]

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

[...]

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regras estabelecidas no § 4º deste artigo. (Grifou-se).

Ressalte-se que a regra prevista no § 2º do mesmo art. 8º se refere a preços fixados, determinados pelo poder público, o que não é o caso dos autos. Tal dispositivo se aplica hodiernamente quando há as chamadas tarifas públicas ou, no passado, quando havia tabelamento de preços por órgão oficial.

Por sua vez, a alínea “b” do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02, determina:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

a) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. - o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos; ou

Efeitos de 01/12/05 a 31/01/17

“2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou”

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

[...]

Efeitos a partir de 01/12/05

§ 3º O preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) e o percentual de margem de valor agregado (MVA) serão fixados com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados. (Grifou-se)

Assim, considerando-se que a cerveja e o chope não possuem preços sugeridos pelos fabricantes, a legislação estabelece a utilização do PMPF, divulgado em Portarias da Superintendência de Tributação, devendo-se destacar que as portarias aplicáveis ao produto e ao período objeto da autuação são aquelas indicadas pelo Fisco (CD – fl. 33).

Como se vê, as Portarias SUTRI, que estabelecem os PMPFs para fins de cálculo do ICMS/ST, nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária (cerveja e chope, no presente caso) estão devidamente respaldadas na legislação que rege a matéria.

O PMPF não se confunde com pauta fiscal, como afirmam os Impugnantes, uma vez que seus valores não são determinados unilateralmente pelo Fisco, haja vista que seu valor é fixado com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa aos princípios da legalidade estrita e da hierarquia das leis.

Ao apreciar matéria análoga, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial N° 1.192.409 - SE (2010/0082311-8), assim decidiu:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

COMPETE À LEGISLAÇÃO LOCAL A INDICAÇÃO DO TERCEIRO PARTÍCIPE DA CADEIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRODUTOS COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DO ART. 128 DO CTN E DO ART. 6º DA LC 87/96.

DISTINGUE-SE A PAUTA FISCAL DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (PREÇO DA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) POR OPERAÇÃO PRESUMIDA. AQUELA, REPUDIADA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, IMPÕE ARBITRARIAMENTE O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO EM CARÁTER GERAL;

ESTA, UTILIZADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, PRESSUPÕE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LEGITIMANTE, CONTROLE DO CONTRIBUINTE E ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS INSTITUÍDOS NA LC 87/96, ART. 8º, II, CE §§ 2 E 3º.

ESTA CORTE ADMITE A UTILIZAÇÃO DOS PREÇOS INDICADOS NA REVISTA ABC FARMA NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NA CIRCULAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (GRIFOU-SE)

Logo, como já afirmado, não há que se falar em ilegalidade das Portarias SUTRI, que estabelecem os PMPFs, para fins de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

“Do PMPF Estabelecido para “Outras Marcas” em Portaria – Ausência de Previsão Legal para sua Utilização”:

Os Impugnante afirmam que *“não há previsão no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal, no CTN, na Lei Complementar 87/96, na Lei 6.763/75, no Regulamento do ICMS, nem mesmo nas Portarias SUTRI que estabelecem os PMPFs, de que o contribuinte que não possuir o PMPF de seus produtos fixados em Portaria, deve utilizar o PMPF criado para ‘Outras Marcas’”*.

Sustentam que, *“ao contrário, as Portarias SUTRI preceituam que os produtos não relacionados em Portaria poderão ser incluídos mediante requerimento do interessado, conforme se extrai da redação do parágrafo único do art. 1º da Portaria 743/2018, que se repete nas demais Portarias subsequentes”*, verbis:

Portaria SUTRI nº 743/2018

Art. 1º - Para o cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope o sujeito passivo deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I e II desta Portaria.

Parágrafo único - Os produtos não relacionados nos Anexos I e II desta Portaria poderão ser incluídos mediante requerimento do interessado destinado à Diretoria de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização (DGF/SUFIS).

[...]

(Grifou-se)

Finalizam concluindo que, *“caso o produto não tenha seu próprio PMPF estabelecido em Portaria, utiliza-se a Margem de Valor Agregado – MVA para fins de substituição tributária”*.

No entanto, os Impugnantes se equivocam em seus argumentos, pois o critério da MVA, para fins de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, aplica-se exclusivamente nos casos previstos na legislação, o que não é o caso dos autos.

Observe-se que o caput do art. 1º da Portaria SUTRI nº 743/2018 estabelece que, para o cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope, o sujeito passivo deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes em seus Anexos I e II, nos quais constam os mais variados tipos de cervejas e chopes, com identificação das respectivas marcas e fabricantes, bem como o valor do PMPF estabelecido para cada tipo de cerveja e chope, inclusive em relação às “Outras Marcas” de “Outros Fabricantes”, cujos preços

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

são estipulados com as mesmas regras estabelecidas na legislação (preços médios ponderados a consumidor final, apurados em pesquisas estatísticas).

Logo, é vedado a qualquer contribuinte que não tiver sua marca (e razão social ou do grupo a que pertence) especificada nos anexos da referida portaria, praticar preços (PMPF) estabelecidos para terceiros, muito menos utilizar o critério da MVA, devendo este observar os preços fixados para “Outras Marcas”, inerentes a outros “Fabricantes”, que se referem àqueles não associados a entidades representativas do setor ou àqueles que, por inércia, não se dirigiram à DGP/SUFIS para cadastrarem seus produtos.

É esse o entendimento sedimentado por este E. Conselho em suas decisões, podendo ser citada, a título de exemplo, a relativa ao Acórdão nº 22.008/19/2ª, *verbis*:

ACÓRDÃO Nº 22.008/19/2ª

“... CONFORME RELATADO, VERSA A PRESENTE AUTUAÇÃO SOBRE CONSTATAÇÃO DE QUE A AUTUADA, NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA TRIBUTÁRIA EXTERNA, POR FORÇA DO PROTOCOLO ICMS Nº 11/91, SEDIADA NO ESTADO DE GOIÁS, EFETUOU A RETENÇÃO E O RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A ESTE ESTADO, INCLUINDO A PARCELA RELATIVA AO FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM), NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2014 A MAIO DE 2018, NAS OPERAÇÕES COM O PRODUTO “CHOPE”, RELACIONADO NO SUBITEM 1.4 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02 (EFEITOS ATÉ 31/12/15) E NO ITEM 23 DO CAPÍTULO 3 DA PARTE 2 DO MESMO ANEXO XV (EFEITOS A PARTIR DE 01/01/16), TENDO EM VISTA QUE A ERRÔNEA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO CONSIGNADA NOS RESPECTIVOS DOCUMENTOS FISCAIS.

A BASE DE CÁLCULO ERRONEAMENTE ADOTADA PELA IMPUGNANTE FOI APURADA COM FUNDAMENTO NO ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B3” DA PARTE 1 DO ANEXO XV (MARGEM DE VALOR AGREGADO - MVA), QUANDO O CORRETO SERIA AQUELA PREVISTA NO ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B1”, QUE SE REFERE AO PREÇO MÉDIO PONDERADO A CONSUMIDOR FINAL (PMPF) ESTABELECIDO PARA A MERCADORIA.

AS EXIGÊNCIAS REFEREM-SE ÀS DIFERENÇAS DO ICMS/ST E DA PARCELA DO FEM APURADAS, ACRESCIDAS DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS NOS ARTS. 56, § 2º E 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

VÊ-SE, POIS, QUE O CERNE DA CONTROVÉRSIA INSTAURADA NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO ENCONTRA-SE RELACIONADO À FORMA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES COM BEBIDAS (CERVEJAS E CHOPES).

A IMPUGNANTE, AO COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST, UTILIZOU-SE DA MVA (ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B3” DO ANEXO XV DO RICMS/02), ENQUANTO QUE O FISCO SUSTENTA QUE A BASE DE CÁLCULO DEVE SE BASEAR NO PMPF PREVISTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARA A MERCADORIA (ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B1” DO ANEXO XV DO RICMS/02).

[...]

LOGO, EXCETUADA A HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 47-A DO ANEXO XV DO RICMS/02, QUE NÃO SE APLICA AO CASO DOS AUTOS, O PMPF DEVE SER APLICADO COMO REGRA GERAL, UMA VEZ QUE A LEGISLAÇÃO O COLOCOU EM POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA NA ORDEM DOS CRITÉRIOS POSSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO PARA SE CALCULAR O ICMS/ST.

[...]

ASSIM, COMO JÁ AFIRMADO, COMO O “CHOPE” NÃO POSSUI PREÇO SUGERIDO PELOS FABRICANTES, A LEGISLAÇÃO ESTABELECE A UTILIZAÇÃO DO PMPF, DIVULGADO EM PORTARIAS DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO, DEVENDO-SE DESTACAR QUE AS PORTARIAS APLICÁVEIS AO PRODUTO E AO PERÍODO OBJETO DA AUTUAÇÃO SÃO AQUELAS INDICADAS PELO FISCO À FL. 16.

A IMPUGNANTE SUSTENTA QUE “INFERE-SE DOS AUTOS QUE A AUTORIDADE FISCAL PERSEGUE UMA DIFERENÇA ILÍDIMA, UMA VEZ QUE A CONCRETUDE DOS FATOS, CONSUBSTANCIADO NA OCORRÊNCIA DOS FATOS JURÍDICOS TRIBUTÁRIOS SUBSEQUENTES, NÃO OCORREU NA PROPORÇÃO PREVISTA NA BASE FICTA; LONGE DISSO, O PREÇO ESTIMADO NA PAUTA FISCAL E ADOTADA PELO FISCO MINEIRO É IMPRATICÁVEL”, CONFORME EXEMPLOS POR ELA LISTADOS ÀS FLS. 38/ 40, DENTRE OS QUAIS PODE SER DESTACADO O CASO DA PORTARIA SUTRI Nº 325/13, ONDE O VALOR DO PMPF PARA O CHOPE DE “OUTRAS MARCAS”, ONDE SE INSERE O PRODUTO DA IMPUGNANTE, EQUIVALE A R\$ 20,63, POR LITRO, VALOR SUPERIOR AO FIXADO PARA O MESMO PRODUTO DE OUTROS FABRICANTES E TAMBÉM SUPERIOR AOS PREÇOS PRATICADOS PELOS ESTABELECIMENTOS DESTINATÁRIOS MINEIROS.

Portaria SUTRI nº 325/2013 - Sem Dispositivos Revogados

ANEXO II

CHOPE E BEBIDA ALCOÓLICA MISTA DE CHOPE

(a que se refere o art. 1º da Portaria SUTRI 325/2013)

ITEM	EMBALAGEM	MARCA	CÓDIGO DO FABRICANTE	PMPF
1	Litro	Chope Antártica	1	14,23
2	Litro	Chope Ashby	18	9,92
3	Litro	Chope AustriaBier by Krug Bier	22	9,91
4	Litro	Chope Backer	27	13,64
5	Litro	Chope Bavaria	2	14,01
6	Litro	Chope Bella	10	9,91
7	Litro	Chope Brahma	1	15,28
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
40	Litro	Outras Marcas	999	20,63

ACRESCENTA QUE “RESTA CRISTALINO E EXTREME DE DÚVIDAS QUE O VALOR DO ICMS-ST APURADO PELA IMPUGNANTE, COM

BASE NO REGIME DE VALOR AGREGADO, É O QUE MAIS SE APROXIMA DA REALIDADE”.

CONFORME DEMONSTRADO ANTERIORMENTE, A BASE DE CÁLCULO LEGALMENTE PREVISTA PARA AS OPERAÇÕES OBJETO DA PRESENTE AUTUAÇÃO DEVE SER AQUELA PREVISTA NO ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B1” DO ANEXO XV DO RICMS/02, UTILIZANDO COMO PARÂMETRO O PMPF DIVULGADO PELAS PORTARIAS SUTRI SUPRACITADAS.

ASSIM, É VEDADO À IMPUGNANTE, SOB QUALQUER PRETEXTO, UTILIZAR BASE DE CÁLCULO COM FUNDAMENTO NO CRITÉRIO DA MVA (ART. 19, INCISO I, SUBALÍNEA “B3” DO ANEXO XV DO RICMS/02), POR SE TRATAR DE BASE DE CÁLCULO DIVERSA DAQUELA EXPRESSAMENTE ESTABELECIDADA PELA LEGISLAÇÃO (PMPF).

RESSALTE-SE QUE O PREÇO MÉDIO PONDERADO A CONSUMIDOR FINAL (PMPF) RELATIVO AO CHOPE COMERCIALIZADO PELA AUTUADA PODERÁ SER DIVULGADO EM PORTARIA DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO, PARA FINS DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CABENDO AO INTERESSADO, NO CASO A IMPUGNANTE, VALER-SE DE SUA ENTIDADE REPRESENTATIVA DE SEU SETOR PARA ESTE FIM.

É O QUE ESTABELECE O § 3º DO ART. 19 DO ANEXO XV DO RICMS/02, IN VERBIS:

[...]

VÁRIAS PORTARIAS DA SUTRI, INERENTES AOS MAIS VARIADOS PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ESTABELECEM QUE O INTERESSADO PODERÁ TER OS SEUS PREÇOS DIVULGADOS NESSAS PORTARIAS, MEDIANTE REQUERIMENTO DO RESPONSÁVEL À DIRETORIA DE GESTÃO DE PROJETOS DA SUPERINTENDÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO (DGP/SUFIS), PODENDO SER CITADAS, A TÍTULO DE EXEMPLO, AS PORTARIAS NºS 329/13 E 743/18.

[...]

COMO A IMPUGNANTE ASSIM NÃO AGIU, O SEU PMPF É CALCULADO DE ACORDO COM OS PREÇOS MÉDIOS PONDERADOS USUALMENTE PRATICADOS NO MERCADO PELAS “OUTRAS MARCAS” DE “OUTROS FABRICANTES”, DISTINTAMENTE DAQUELES ESPECIFICAMENTE CITADOS NAS REFERIDAS PORTARIAS (“MARCAS” E “FABRICANTES” ESPECÍFICOS, QUE COMPROVARAM SEUS PREÇOS PRATICADOS A CONSUMIDOR FINAL JUNTO À DGP/SUFIS).

REGISTRE-SE QUE NÃO HÁ PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PARA QUE O LEVANTAMENTO DOS PREÇOS USUALMENTE PRATICADOS NO MERCADO, PARA FINS DE APURAÇÃO DO PMPF, SEJA EFETUADO POR CONTRIBUINTE, DE FORMA INDIVIDUALIZADA.

COMO BEM SALIENTA O FISCO, SE A IMPUGNANTE ENTENDE QUE O PMPF NÃO CORRESPONDE AO VALOR REAL DA OPERAÇÃO PRESUMIDA, PRATICADO NO MOMENTO DA VENDA DO PRODUTO AO CONSUMIDOR FINAL, ELA TERIA DE SE VALER DA PRÓPRIA ABERTURA DA NORMA E SOLICITAR A REVISÃO DO PREÇO MÉDIO A SER ATRIBUÍDO AO SEU PRODUTO, E NÃO SIMPLEMENTE OPTAR POR NÃO SEGUIR AS NORMAS ESTABELECIDAS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

[...]

ASSIM SENDO, O FEITO FISCAL AFIGURA-SE CORRETO, SENDO LEGÍTIMAS, POIS, AS EXIGÊNCIAS FISCAIS, CONSTITUÍDAS PELAS DIFERENÇAS DO ICMS/ST E DA PARCELA DO FEM APURADAS, ACRESCIDAS DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS NOS ARTS. 56, § 2º E 55, INCISO VII, ALÍNEA “C”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.”

[...]

Rejeita-se, portanto, os argumentos dos Impugnantes.

“Do Levantamento Fiscal Impróprio para Apurar a Falta de Recolhimento Fiscal”:

A Autuada, após relatar que apura o imposto pelo sistema normal de débito e crédito, afirma que *“o levantamento fiscal, que tenha o por objeto apurar as diferenças de recolhimento de ICMS, deve, necessariamente, efetuar a composição da chamada Contra Gráfica do ICMS, período a período, mês a mês, apropriando os créditos havidos pelas entradas (compras) de mercadorias, somados aos eventuais saldos credores, e os débitos indicados nas notas fiscais de vendas”* e salienta que o confronto de débitos e créditos é decorrência direta do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, inexistindo outra apuração possível, fora das exceções que a própria Constituição Federal determina.

Sem razão, contudo, a Impugnante, pois o art. 89 do RICMS/02 disciplina que, considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída ocorra sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

RICMS/02

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;

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, ao contrário da pretensão da Impugnante, eventuais créditos acumulados na conta gráfica do contribuinte do estabelecimento autuado não podem ser compensados com os débitos exigidos, por força da norma contida no art. 89-A do RICMS/02, uma vez que o prazo de recolhimento do ICMS já se encontrava esgotado, conforme salientado anteriormente.

RICMS/02

Art. 89-A. Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

Não há que se falar, porém, em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, pois eventuais saldos credores poderão ser mantidos na conta gráfica do estabelecimento autuado para compensação com seus débitos futuros do imposto ou poderão ser transferidos a terceiros, observada a legislação pertinente, devendo-se reiterar que o Fisco abateu, no momento do cálculo do ICMS/ST, o valor do ICMS relativo às operações próprias do estabelecimento autuado.

Assim, diante de todo o acima exposto, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítimas, pois, as exigências referentes ao ICMS operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST – FEM apurados, acrescidos das Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme demonstrativo acostado à fl. 356, elaborado após a retificação do crédito tributário.

Da Sujeição Passiva:

Conforme relatado, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigado, o sócio-administrador do estabelecimento autuado, Sr. Henrique Neves Santiago de Paula, com fundamento nos arts. 124, inciso II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Foram também incluídas na sujeição passiva as sócias capitalistas (majoritárias) HNNDP Participações e Empreendimentos Ltda e Livcash Cobranças LTDA, com fulcro nos arts. 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula é sócio das citadas empresas na condição de administrador.

Código Tributário Nacional- (CTN)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

[...]

As razões fáticas e de direito para a inclusão das pessoas físicas e jurídicas supramencionadas no polo passivo da obrigação tributária estão descritas no Relatório Fiscal anexado ao Auto de Infração, novamente reproduzido abaixo:

“... 11- Responsabilidade Tributária dos Sujeitos Passivos

Em razão da existência de mais de um sujeito passivo no presente Auto de Infração é necessário descrever a responsabilidade tributária de cada um nesta autuação fiscal.

11.1 – Lãut Cervejaria Artesanal Ltda.

A responsabilidade tributária da empresa Lãut Cervejaria Artesanal Ltda. deu-se em razão de ter vendido cerveja e chope desacobertado de documento fiscal, no período de 01/05/2017 a 30/04/2019.

11.2 – Henrique Neves Santiago de Paula - CPF: 084.546.696-80

Vários foram os motivos que levaram o Fisco a colocar o Senhor Henrique Neves Santiago de Paula como um dos sujeitos passivos, como por exemplo:

• sócio administrador da Läut Cervejaria Artesanal EIRELI de 18/11/2016 a 08/11/2018 (Registros na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – Anexo 10)

• Administrador da empresa Läut Cervejaria Artesanal Ltda. (a partir de 09/11/2018) por intermédio das novas sócias HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda. e Livcash Cobranças Ltda., nos termos da sétima cláusula da 2ª Alteração Contratual por Transformação de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI em Sociedade Empresária Limitada – Registro nº 31211216475 em 09/11/2018 (Anexo 10).

sócio administrador da HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda (desde 04/08/2017)

sócio administrador da Livcash Cobranças Ltda (desde 11/11/2014)

11.3 – HNSDP Participações e Empreendimentos Ltda.

A empresa é sócia capitalista, detentora de 95% (noventa e cinco por cento) do capital da Läut Cervejaria Artesanal Ltda, desde 09/11/2018.

OBS: Henrique Neves Santiago de Paula é sócio administrador da HNSDP (Anexo 12) - (mesmo administrador da Läut).

11.4 – Livcash Cobranças Ltda.

A empresa é sócia capitalista, detentora de 5% (cinco por cento) do capital da Läut Cervejaria Artesanal Ltda, desde 09/11/2018.

OBS: Henrique Neves Santiago de Paula é sócio administrador da LIVCASH (Anexo 11) - (mesmo administrador da Läut).

Portanto, também foram incluídas como sujeitos passivos, a sócia capitalista HNSDP PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, CNPJ:28.385.473/0001-73, e a sócia capitalista LIVCASH COBRANÇAS LTDA, CNPJ:21.454.032/0001-37, com fundamento nos artigos 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) - Lei nº 5.172/66; art. 21, §2º, inciso II e art. 207, §1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75, já que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula é sócio das citadas empresas na condição de administrador. Procedimento em conformidade com a Portaria SRE nº 148/2015.

O administrador da Läut, Henrique Neves Santiago de Paula, CPF nº 084.546.696.80, foi incluído no polo

passivo da obrigação tributária, com fundamento nos artigos 124, incisos I e II e 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) - Lei nº 5.172/66; art. 21, §2º, inciso II e art. 207, §1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75. Procedimento em conformidade com a Portaria SRE nº148/2015.

A inclusão do Sr. HENRIQUE NEVES SANTIAGO DE PAULA, da HNSDP PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA e da LIVCASH COBRANÇAS LTDA no polo passivo da obrigação tributária também encontra respaldo no entendimento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS sobre a responsabilidade solidária do art.124 do CTN, quando se manifesta através do ACORDÃO publicado em 17/05/2019, relacionado ao processo nº:1.0105.01.045437-6/008, nos seus itens 16 e 17 (Anexo 13):

“16. A inclusão da recorrente no polo passivo da cautelar fiscal obedece à previsão legal e depende apenas da sua condição como responsável tributário à luz do CTN.

“17. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça entende ser aplicável a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN quando há comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial.”

12 – Anexos ...” (Grifou-se)

A infração narrada no Auto de Infração, devidamente caracterizada nos autos, não se confunde com mero inadimplemento da obrigação tributária, tratando-se, na verdade, de atos contrários à lei, de infrações em cuja definição o dolo específico é elementar.

Todo o relato contido no Auto de Infração sobre as situações fáticas que ensejaram o lançamento do crédito tributário evidencia prática que não pode ser admitida como aderente aos limites dos poderes de gestão empresarial e das disposições da lei ou dos instrumentos constitutivos da sociedade.

É incontroverso que a realização de operações desacobertas de documentação fiscal constitui prática com o claro intuito de supressão da obrigação tributária principal.

Assim, não há dúvida que o Sr. Henrique Neves Santiago de Paula e, posteriormente, as sócias majoritárias, tinham conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela Autuada, na qualidade de administradores (ou sócios majoritários), sendo certo que a realização de operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente caracteriza evasão fiscal, devendo-se reiterar que os Sujeitos Passivo não trouxeram aos autos provas em contrário à acusação fiscal.

Correta, portanto, a inclusão do Sr. Henrique Neves Santiago de Paula e das empresas supracitadas no polo passivo da obrigação tributária, nos termos dos dispositivos legais acima transcritos.

A Autuada alega ilegitimidade passiva argumentando que a planilha utilizada pelo Fisco para apurar o crédito tributário, intitulada “Faturamento_Analítico_Impostos_14_50_24”, se refere a vendas efetuadas pela empresa WBEER Fabricação Ltda., acrescentando que o objeto social desta “*é a fabricação de chope e cerveja, por terceiros, através de marca própria e de terceiros, mediante o regime de franquia ou de cessão temporária de marca*”.

Destaca, nesse sentido, que “*a Autuada LAUT possui “Contrato de Licenciamento de Marca com Exclusividade de Comercialização” firmado com a empresa WBEER ... (doc. 05)*” (fls. 280/285).

Acrescenta que, “*na condição de Licenciante, a Autuada, detentora da marca ‘PREMIUM LAUT BEER’, cede à Licenciada WBEER o direito de fabricar (mediante industrialização por encomenda) a comercializar os produtos da marca, fazendo uso obrigatório da marca, inclusive do domínio da internet da Licenciante ‘lautbeer.com.br’*”.

Salienta que, “*em contraprestação à licença concedida, bem como pelo serviço de agenciamento exclusivo de pedidos pela Licenciante das marcas de seu direito, a Licenciada deve remunerar a Licenciante um percentual sobre o faturamento das vendas, conforme disposto no contrato*”.

Sustenta que, “*dessa forma, a planilha utilizada pela Fiscalização nada mais é do que um controle das operações realizadas pela WBEER, para fins de recebimento da contraprestação do contrato pactuado entre as partes*”.

Segundo sua versão, “*nota-se, inclusive, que no anexo 2 do auto de infração (Planilha faturamento analítico de impostos), constata-se que a maioria absoluta das movimentações de vendas (95%) são realizadas no sistema pelos funcionários: Simone, Daniel, Franciele e Stefânia, todos estes contratados pela empresa CAP TERCEIRIZAÇÕES (doc. 07), cujo controle é realizado pelas mesmas sócias da empresa WBEER, frisando-se, ainda, que a administração é feita pela mesma pessoa, Wallan Robert Leal, a teor dos contratos sociais juntados a esta (Doc. 04 e 08)*”.

Afirma que, “*corroborando os fatos, observa-se que a planilha contém uma coluna indicando o número das notas fiscais emitidas (campo ‘Nota Fiscal’) e, tivesse a fiscalização a diligência necessária para analisar essas notas, verificaria que foram emitidas pela empresa WBEER, com o devido recolhimento do imposto*” e complementa que, “*para comprovar o alegado, acostou-se a planilha anexa (doc. 09), contendo a relação das notas fiscais de saídas emitidas pela WBEER, com as respectivas chaves de acesso*” (doc. 09 – fls. 305/322).

Enfatiza que, “*mesmo as operações sem indicação de número no campo ‘Nota Fiscal’, também dizem respeito à empresa WBEER*”, oportunidade em que cita três operações exemplificativas à fl. 207.

Aduz que, “além disso, acosta-se a planilha anexa (doc. 11) com a relação das notas fiscais de entrada de matérias-primas (malte) adquiridas pela WBEER, para a produção de cervejas, desde o início de vigência dos contratos de licenciamento da marca e de industrialização por encomenda” (doc. 11 – fls. 328/329) e complementa que a quantidade de malte adquirida é totalmente compatível com a quantidade de litros de cerveja e chope indicados na planilha do Fisco.

Conclui, dessa forma, que resta clara a impropriedade da Autuada figurar no polo passivo da obrigação tributária.

No entanto, ao contrário das alegações da Impugnante, os documentos apreendidos no estabelecimento autuado, bem como os fatos narrados no Relatório do Auto de Infração e no Relatório Técnico ERAD/BH nº 001/19 (fls. 34/76), demonstram, inequivocamente, que o estabelecimento autuado é o responsável pela prática de saídas de cervejas e chopos desacobertadas de documentação fiscal.

Por outro lado, o alegado “Contrato de Licenciamento de Marca com Exclusividade de Comercialização”, que teria sido firmado pela Autuada com a empresa “WBEER” não tem o condão de elidir o feito fiscal, nos termos do art. 221 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), pois sequer possui reconhecimento de firma e não foi registrado em cartório, não surtindo, pois, efeitos perante à Fazenda Pública Estadual.

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

(...)

(Grifou-se).

Além disso, o referido contrato faz menção à industrialização por encomenda, conforme cláusulas a seguir (fls. 280):

“... DAS OBRIGAÇÕES DO LICENCIADO

6. O Licenciado obriga-se a atender os pedidos dos clientes, eremitados pela Licenciante, em sua totalidade, quer seja na quantidade, modelo, tamanho, cor, bem como na qualidade apresentada ao cliente através de amostra de confirmação.

7. O licenciado deverá fabricar os produtos através de industrialização por encomenda, ficando responsável pela constituição de empresa de terceirização de produção no menor prazo possível.

[...]

DAS OBRIGAÇÕES DO LICENCIANTE

9. Fica vedada a comercialização de qualquer produto que envolva a marca LÄUT PREMIUM BEER pela licenciante senão através do licenciado ...”

Tratando-se de industrialização por encomenda, conclui-se que a Autuada seria a real proprietária dos produtos industrializados (cervejas e chopes), não fazendo sentido, pois, a sua alegação de que “*em contraprestação ..., a Licenciada deve remunerar a Licenciante um percentual sobre o faturamento das vendas, conforme disposto no contrato*”, mesmo porque, de acordo com o item 9 do contrato (das obrigações do licenciante) a Autuada promovia vendas dos produtos industrializados pela alegada Licenciada.

Além disso, contraditando as alegações da Impugnante, o Fisco trouxe a informação de que a empresa WBEER Fabricação Ltda, no mesmo período objeto da presente autuação, realizou operações que totalizaram apenas R\$ 2.407,02 (dois mil, quatrocentos e sete reais e dois centavos), conforme documentação acostada às fls. 378/380, valor ínfimo quando comparado com o exigido no presente Auto de Infração.

Se não bastasse, o Fisco informa que “*houve a suspensão da inscrição estadual por inexistência do estabelecimento no endereço inscrito. Seguem, em anexo, a declaração cadastral do bloqueio (fls.367) e o contrato de locação do imóvel (fls. 369/375) no período de 26/03/16 a 15/02/19, onde consta como locatária outra empresa distinta; ou seja, a empresa WBEER Fabricação Ltda nunca funcionou no endereço cadastrado. Esclareço que, em 22/03/2019, foi solicitada a suspensão e o início do processo de cancelamento da inscrição estadual com data retroativa a 20/02/2018. O edital de intimação foi gerado no dia 15/05/2019 e publicado no IOF em 16/05/2019 – link: <http://www.jornalminasgerais.mg.gov.br/?dataJornal=2019-05-16> (fls. 376). Após o prazo estipulado no edital de intimação, foi gerado o edital de cancelamento, na data de 28/05/2019, e publicado no dia 30/05/2019 - link: <http://www.jornalminasgerais.mg.gov.br/?dataJornal=2019-05-30> (fls. 377). A Inscrição Estadual foi cancelada em 31/05/2019”*

Nesse sentido, o Fisco acostou aos autos os documentos de fls. 367/380, que comprovam a sua informação, a saber:

- Declaração cadastral do bloqueio da empresa WBEER Fabricação Ltda;
- Contrato de locação e recibo de entrega das chaves do imóvel no endereço cadastrado da empresa WBEER Fabricação Ltda;
- Editais de intimação e cancelamento da empresa WBEER Fabricação Ltda, publicados no Diário Oficial de Minas Gerais;
- Relação dos recolhimentos de ICMS efetuados pela empresa WBEER Fabricação Ltda.

Esclareça-se que a empresa “WBEER”, apesar de intimada, não apresentou à repartição fiscal qualquer documento ou argumento que pudessem contrariar as providências tomadas pelo Fisco, fato que, por si só, já contradita a afirmação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante (fls. 387/391), de que teria havido engano nas diligências promovidas pelo Fisco, no sentido de que, no endereço visitado, haveria residências germinadas, com números diferentes ou com alterações dos números ao longo do tempo, pois uma indústria, mesmo que se tratasse de casas germinadas, seria facilmente identificada.

Por oportuno, transcreve-se abaixo, mais uma vez, as informações contidas no Relatório Fiscal sobre a diligência efetuada no endereço em que a empresa “WBEER” estaria estabelecida:

“... E ainda, verificou-se que contribuinte WBEER Fabricação Ltda., nos registros da SEF/MG, estava localizado em um endereço aparentemente residencial (Rua Victória nº 993, Jardim Canadá/Nova Lima), pois não possuía placa, letreiro ou qualquer outra identificação que o distinguisse de uma residência. Diante disso, o Procurador da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais - AGE solicitou uma Tutela Cautelar Antecedente (Nº 5000925-28.2019.8.13.0188) para que o Fisco ingressasse e tivesse livre acesso às dependências da empresa. Assim que foi deferida, cumpriu-se o referido mandado em 21/03/2019, mesma data da operação denominada “Puro Malte” citada abaixo, sendo constatado que se tratava de apenas um escritório, sem vestígios de fabricação de cerveja e chope, estoque de malte ou produto acabado. Concluiu-se que a empresa WBEER Fabricação Ltda jamais funcionou no local, e por esse motivo procedeu-se a suspensão de sua inscrição estadual, por inexistência do estabelecimento no endereço inscrito, retroativa à 20/02/2018 (início da atividade) ...” (Grifou-se)

De toda forma, como já afirmado, a principal interessada, no caso a “WBEER”, sequer contestou o bloqueio e o cancelamento de sua inscrição estadual.

Por fim, resta reiterar que, conforme demonstrado às fls. 193/194, o estabelecimento autuado (Läutt Cervejaria Artesanal Ltda.), cuja razão social atual é CIEC Cervejaria Artesanal Ltda, chegou a assinar o Termo de Reconhecimento Parcial de Débito (documento de confissão irretratável de dívida), para fins de parcelamento do valor do crédito tributário relativo às suas próprias operações (ICMS, MR e MI).

Conforme informação contida na própria impugnação apresentada, o parcelamento inicialmente requerido seria quitado em 60 (sessenta) parcelas, porém, como não foi apresentada nenhuma garantia real, o número máximo de parcelas que poderia ser concedido pela repartição fiscal seria de 36 (trinta e seis) meses, o que acarretou a desistência da Autuada do parcelamento requerido.

Inequívoca, portanto, a responsabilidade tributária do estabelecimento autuado, seja em relação às suas próprias operações, seja no tocante ao ICMS devido por substituição tributária (art. 12 do Anexo XV do RICMS/02).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 355/362, conforme parecer da Assessoria do CCMG. Pelos Impugnantes, sustentaram oralmente o Dr. Aluísio da Silva Correia e o Dr. Leandro Luciano Soares e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Victor Tavares de Castro.

Sala das Sessões, 26 de fevereiro de 2021.

Thiago Álvares Feital
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente