

Acórdão: 24.058/22/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001869473-62
Impugnação: 40.010152164-11, 40.010153846-24 (Coob.)
Impugnante: Cervam - Cervejaria do Amazonas S/A
IE: 001100824.01-92
Rogerio Luiz Bicalho (Coob.)
CPF: 761.465.706-30
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

ICMS - FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO – BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o ICMS operação própria incidente nas saídas de mercadorias com destino a outro contribuinte. As mercadorias foram remetidas como operações dissimuladas de simples remessa. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e respectiva Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - BEBIDAS. Constatado que a Autuada deixou de destacar e recolher o ICMS/ST incidente nas saídas de mercadorias com destino a outro contribuinte. As mercadorias foram remetidas como operações dissimuladas de simples remessa. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST e respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatado que a Autuada não recolheu o ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM (adicional de dois pontos percentuais na alíquota do imposto), nos termos do art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15. Corretas as exigências do ICMS/ST relativo ao FEM e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – VENDA À ORDEM. Constatada a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal (nota fiscal de remessa por conta e ordem) em relação às notas fiscais de vendas emitidas por terceiros, cuja entrega das mercadorias ficaram a cargo da Autuada.

Infração caracterizada. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada deixou de atender intimação efetuada pelo Fisco para apresentação de documentos. Infração plenamente caracterizada. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas mediante a conciliação das notas fiscais eletrônicas - NFE - de terceiros (Premium Indústria e Participação e Cervejaria Uhma EIRELI) emitidas com entrega por conta e ordem da empresa autuada, com as notas fiscais de saída de remessa por conta e ordem, emitidas pela Contribuinte, no período de 01/09/17 a 31/10/20:

1) falta de retenção e recolhimento de ICMS, ICMS/ST e ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM em operações dissimuladas como de simples remessa, uma vez que os documentos fiscais mencionaram dados divergentes das NFes de venda correspondentes (quantidade, descrição, destinatários ou por vincular a NFE de venda cancelada ou inexistente).

Exigências de ICMS, ICMS/ST, ICMS/ST-FEM e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

2) saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal (nota fiscal de remessa por conta e ordem) em relação as notas fiscais de vendas emitidas por terceiros, cuja entrega das mercadorias ficaram a cargo da Autuada.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

3) deixou de apresentar os registros contábeis dos períodos de 2017 a 2019 (ECD), arquivos que também não constam do banco de dados da Receita Federal, após reiteradas intimações e cobranças via e-mail efetuadas pela Fiscalização.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

As mercadorias autuadas são sujeitas à substituição tributária e estão relacionadas no capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (“cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas”).

O sócio-administrador da empresa autuada, Rogério Luiz Bicalho, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 678/705 e requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de págs. 809/823 refuta as alegações da Defesa e requer, portanto, a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CCMG determina a realização da diligência de fls. 925/926, que resulta na manifestação da Fiscalização às págs. 927/928.

Reaberta vista dos autos, a Impugnante não se manifesta.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 931/954, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, pelo indeferimento da prova pericial requerida, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de alegados vícios no lançamento.

Argumenta, em apertada síntese, que o Auto de Infração possui mais de setenta dispositivos legais, sendo, no seu entendimento, todos genéricos, e sem a devida correlação com a conduta supostamente praticada e, portanto, não constam elementos suficientes para determinar com segurança qual a infração perpetrada.

A Fiscalização cuidou de analisar e demonstrar que os argumentos apresentados pela Defesa de nulidade do Auto de Infração não merecem razão, veja-se:

O crédito tributário constituído observa rigorosamente os requisitos exigido para o lançamento descrito no artigo 142 do CTN, esclarecendo em seu relatório com propriedade a matéria tributável – saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais sem destaque e recolhimento do imposto devido e desacobertadas de documento fiscal, o sujeito passivo – A Cervam e Sr. Rogério Bicalho como coobrigado, propondo as penalidade cabíveis – exigência dos impostos omitidos, multa de revalidação e isolada, devidamente capituladas nos artigos 54, VII, 55, II, “a” § 2º, I e 56, II, § 2º, I da Lei 6.763/75.

(...)

Ao contrário do alegado pelo douto impugnante que a autoridade fiscal aponta “mais de setenta dispositivos legais, todos genéricos, e sem a devida correlação da conduta supostamente praticada” o auto de infração menciona 18 (dezesete) dispositivos legais infringidos (17 da Lei 6.763 e 1 do CTN) com os respectivos artigos do Regulamento do ICMS (29-vingte e nove) e Portaria (1-um) que regulamentam a matéria.

Os artigos 5º e 6º, descrevem a ocorrência dos fatos geradores, as alíquotas e base de cálculo do imposto aplicáveis estão determinadas nos dispositivos 12 e 13. A definição de contribuinte do imposto, responsabilidade tributária e obrigações constam dos textos legais 14 a 22 e os artigos 25 e 28 definem o lançamento e o valor a recolher. As exigências formais e operacionais dos livros e documentos fiscais tem suporte nos artigos 39 e 39-A, ficando os atos fiscalizatórios amparados nos artigos 49, 50 e 51. Estes são todos os textos legais que constam do auto de infração que capitulam a base legal e infringências do lançamento.

Os fatos estão descritos nos autos com propriedade e precisão, com indicação dos dispositivos legais que lhe dão sustentação, relatando saída de mercadoria acobertada por Nota Fiscal Eletrônica de “simples remessa” sem vínculo a um documento fiscal de venda registrando destaque dos impostos devidos nas operações e saídas desacobertadas de notas fiscais.

Portanto, razão não assiste à Impugnante em suas alegações, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

O Auto de Infração descreve com clareza os fatos que motivaram a formalização do crédito tributário e as circunstâncias em que foram praticados e é acompanhado de Relatório Fiscal detalhado.

Induvidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

A Impugnante requer a nulidade do lançamento alegando, também, que a Fiscalização utilizou-se de norma infralegal e totalmente genérica para a inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, qual seja, a Portaria SRE nº 148/15.

Observa-se que tal alegação versa sobre matéria relacionada ao mérito do lançamento, todavia, o fundamento para responsabilização tributária solidária do sócio-

administrador encontra-se previsto em lei e o relatório fiscal é claro ao embasar a referida inclusão do Coobrigado conforme disposições do Código Tributário Nacional (CTN) e da Lei nº 6.763/75.

Não obstante, decidiu a Administração Tributária do estado, por intermédio da Subsecretária da Receita Estadual, publicar norma com o intuito de orientar os procedimentos de lançamento a serem realizados pela Fiscalização.

Nesse sentido, editou-se a Portaria nº 148/15, que estabelece hipóteses de infringência à legislação tributária estadual em relação às quais o sócio-gerente ou administrador figurará como coobrigado no lançamento efetuado pelo Fisco ou na formalização de Termo de Autodenúncia, de que trata o parágrafo único do art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA. No caso em tela, observa-se que tal dispositivo consta, também, do lançamento, no campo “Base Legal e Infringências” do Relatório Fiscal.

Ressalta-se que, de igual modo, encontra-se fundamentada a inclusão do Coobrigado no presente lançamento em lei, conforme mencionado.

A Fiscalização deixou claramente registrado no relatório fiscal que “*o sócio administrador da empresa Rogério Luiz Bicalho foi incluído como coobrigado nos termos do art. 135, III, do CTN c/c art. 21, §2, inciso II, da Lei 6.763/75 da Lei 6.763/75*”.

Portanto, constata-se que, no caso dos autos, todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de págs. 704.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os quesitos apresentados pelos Impugnantes têm por finalidade, em apertada síntese, esclarecer se houve a emissão de determinados documentos fiscais por parte da empresa Autuada, se tais notas fiscais foram consideradas pela Fiscalização no presente lançamento, de quem é a responsabilidade pelo recolhimento do imposto no caso dos autos e se a Fiscalização considerou a vigência do Regime Especial de Tributação e-PTA-RE nº 45.000017507-21.

Observa-se que a Impugnante pretende, em parte, ver respondido fatos e transações que não têm sequer relevância para o deslinde da contenda.

Lado outro, verifica-se que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Desse modo, constata-se que os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos.

De toda forma, a Fiscalização cuidou de esclarecer todos os pontos levantados pela Defesa, veja-se:

Todavia, o pedido de prova pericial requerido não merece ser deferido, pois o referido exame mostra-se absolutamente desnecessário.

Primeiro por impossibilidade de ser realizada por que a sociedade não possui os registros contábeis ECD de 2018 e 2019 regularmente transmitidos à Receita Federal conforme exige a legislação federal, deixando também disponibilizá-los ao fisco descumprindo diversas intimações, o que culminou em aplicação de multa isolada específica.

Segundo por que os quesitos formulados estão respondidos nos autos e esclarecidos na manifestação fiscal, comprovando que autuada promove e promoveu no período fiscalizado venda de mercadorias próprias, que a autuada emite regularmente os documentos fiscais de retorno de industrialização à encomendante, que as notas de retorno de industrialização não foram consideradas no levantamento por não terem relação com a situação fiscal levada aos autos e que nas operações de industrialização por encomenda nenhuma responsabilidade pelo recolhimento do imposto foi atribuída ao industrializador. A responsabilização do industrializador é fundamentada exatamente nas saídas de mercadorias que excedem as operações de industrialização por encomenda.

Para documentar que a empresa comercializa produtos de produção própria, consta anexo relatório “NFE COMPRA DE INSUMOS VENDA DE CERVEJA CHOPP”, composto das planilhas “1-COMPRA DE INSUMOS” – relação da notas fiscais por itens emitidas

por terceiros documentando aquisição dos principais para fabricação de cerveja (malte, lúpulo e fermentos) e “2-VENDA TRANSF CERVEJA CHOPP” – relação das notas fiscais por itens de emissão própria comprovando venda de cerveja e chopp e transferência de mercadorias para a matriz estabelecida no estado do Rio de Janeiro para posterior comercialização.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA, aprovado pelo 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:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Dessa forma, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas mediante a conciliação das notas fiscais eletrônicas - NFE - de terceiros (Premium Indústria e Participação e Cervejaria Uhma EIRELI) emitidas com entrega por conta e ordem da empresa autuada, com as notas fiscais de saída de remessa por conta e ordem, emitidas pela Contribuinte, no período de 01/09/17 a 31/10/20:

1) falta de retenção e recolhimento de ICMS, ICMS/ST e ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM em operações dissimuladas como de simples remessa, uma vez que os documentos fiscais mencionaram dados divergentes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das NFEs de venda correspondentes (quantidade, descrição, destinatários ou por vincular a NFE de venda cancelada ou inexistente).

Exigências de ICMS, ICMS/ST, ICMS/ST-FEM e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

2) saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal (nota fiscal de remessa por conta e ordem) em relação as notas fiscais de vendas emitidas por terceiros, cuja entrega das mercadorias ficaram a cargo da Autuada.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

3) deixou de apresentar os registros contábeis dos períodos de 2017 a 2019 (ECD), arquivos que também não constam do banco de dados da Receita Federal, após reiteradas intimações e cobranças via e-mail efetuadas pela Fiscalização.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

O sócio-administrador da empresa autuada, Rogério Luiz Bicalho, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

As mercadorias autuadas são sujeitas à substituição tributária e estão relacionadas no capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (“cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas”).

Conforme consta do Auto de Infração, a responsabilidade pelo recolhimento dos impostos, ora exigidos da Autuada, está prevista no art. 12, § 1º, inciso III, do Anexo XV, do RICMS/02, *in verbis*:

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 subseqüentes.

(...)

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou grupo de mercadorias, são as identificadas nos seguintes capítulos da Parte 2 deste Anexo:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - Capítulo 3: Cervejas, Chopes,
Refrigerantes, Águas e outras Bebidas;

(...)

Conforme explica a Fiscalização, o presente trabalho foi desenvolvido com base na análise da conciliação das notas fiscais eletrônicas de emissão própria da Autuada constando como natureza da operação “remessa por conta e ordem”, com as respectivas notas fiscais de venda emitidas pelas empresas encomendantes da industrialização (Premium Indústria Comércio de Participação e Cervejaria Uhma EIRELI), com cláusula expressa de “Entrega por conta e ordem pela CERVAM”.

A planilha “1 - Conciliação Venda x Remessa” do Auto de Infração enumera nas colunas “A a K” os dados dos documentos fiscais de venda com entrega por conta e ordem do industrializador e nas colunas “M a AB” as informações constantes das notas fiscais eletrônicas de remessa emitidas pela Autuada.

Conforme observa o Fisco, nas citadas notas fiscais da Autuada (notas fiscais eletrônicas de remessa), na coluna “Q”, é possível identificar o documento fiscal emitido pelas empresas encomendantes da industrialização (Premium Indústria Comércio de Participação e Cervejaria Uhma EIRELI), correspondente ao documento fiscal de origem, em seus quadros “dados adicionais” no campo “informações complementares”.

Na conciliação dos referidos documentos fiscais apurou-se operações dissimuladas de simples remessa, uma vez que detectou-se a emissão de documentos fiscais mencionando dados divergentes das NFes de venda com cláusula expressa de “Entrega por conta e ordem pela CERVAM”. Apurou-se NFE de remessa constando produto diferente, quantidade a maior, vinculação à NFE canceladas e menção de número de documento fiscal inexistente.

As irregularidades detectadas foram compiladas na planilha “2 - NFE Inconsistentes” com discriminação das diferenças apuradas nas colunas “AD a AL”.

A Fiscalização destaca que por diversas vezes a Autuada foi comunicada das irregularidades e foi solicitada a prestar os esclarecimentos devidos, entretanto, em nenhuma das vezes se pronunciou a respeito, nem procurou ajustar seu “modus operandi”.

A Impugnante, por sua vez, explica que a empresa autuada realiza a industrialização de cervejas por conta e ordem de dois clientes específicos (Premium Indústria e Comércio Ltda., proprietária da marca de cerveja Proibida, e Cervejaria Uhma Ltda., proprietária dos produtos de marcas Brussels e Estrella), remetendo-as, posteriormente, diretamente aos adquirentes e que, eventualmente, realiza a devolução às encomendantes das cervejas industrializadas por conta e ordem.

Assim, entende que na condição de industrializadora, não detém a responsabilidade pelo recolhimento do imposto em nenhuma de suas operações.

Entretanto, razão não lhe assiste, conforme restará demonstrado, a seguir, na análise de cada uma das irregularidades apuradas pelo Fisco:

1) falta de retenção/recolhimento de ICMS, ICMS/ST e ICMS/ST relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria – FEM em operações dissimuladas como de simples remessa cujos documentos fiscais mencionaram dados divergentes das NFes de venda correspondentes.

Apura a Fiscalização a saída de mercadorias, em operações dissimuladas de simples remessas, sem a retenção/recolhimento dos impostos devidos, por constar nas citadas NFes de simples remessa, em relação aos documentos de vendas correspondentes (“remessa por conta e ordem”) as seguintes divergências:

- Quantidades de produtos diferentes;
- Mercadoria diversa;
- Nota fiscal de venda correspondente inexistente;
- Nota fiscal de venda correspondente cancelada;
- Notas fiscais com as mesmas quantidades, entretanto, discriminando o dobro de unidades de embalagens.

Em relação às citadas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais de simples remessa mencionando nos dados complementares notas fiscais de vendas inexistentes, canceladas, com quantidades superiores ou produtos diversos do documento indicado e as de mesmas quantidades discriminando embalagens com o dobro de unidades, exigiu-se o ICMS devido pela operação própria, ICMS/ST e ICMS/ST-FEM, além das respectivas Multas de Revalidação previstas no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Tais operações encontram-se listadas na Planilha “4 - Remessa Sem NFE Venda”.

Na peça de defesa apresentada, a Impugnante alega, em síntese, que “as operações realizadas pela Autuada são as seguintes: industrialização por encomenda, seguida de remessa por venda à ordem da encomendante, ou simples retorno à encomendante, quando assim solicitado, não sendo bastante para descaracterizar a operação a simples apuração de divergências entre as notas fiscais de “simples remessa” emitidas pela autuada e as respectivas notas fiscais de venda emitidas pelas encomendantes” e que o Auto de Infração não apresenta elementos suficientes para se alterar a natureza da operação.

Argumentam que “a Autuada, na qualidade de industrializadora nas vendas realizadas à ordem das Sociedades Premium e Uhma, não possui a obrigação de destaque do ICMS, não sendo o contribuinte dessa obrigação, vez que o recolhimento é atribuído à encomendante”.

De igual modo, defendem que nas operações de industrialização por encomenda, com retorno ao estabelecimento encomendante da industrialização, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, decorrente da venda de mercadorias, é atribuída somente ao encomendante.

Argumentam que os dados divergentes apontados pelo Fisco tratam de mera ocorrência de erro material na emissão das Notas Fiscais pela Autuada, não havendo qualquer prejuízo ao erário.

Importa trazer a legislação que cuida da matéria.

RICMS - ANEXO IX

Art. 304. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial da mercadoria a terceiro, será emitida nota fiscal:

I - pelo adquirente originário, em nome do destinatário da mercadoria, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, além dos requisitos exigidos, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento que irá promover a remessa da mercadoria;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acobertar o trânsito da mercadoria, sem destaque do imposto, indicando-se, além dos requisitos exigidos:

a.1) como natureza da operação, a seguinte expressão: "Remessa por conta e ordem de terceiros";

a.2) o número, a série e a data da nota fiscal de que trata o inciso anterior;

a.3) o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal referida na subalínea anterior;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, como natureza da operação: "Remessa simbólica - venda à ordem", e o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.

Parágrafo único. Por ocasião da escrituração, no livro Registro de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão.

Da legislação supratranscrita, observa-se que a Nota Fiscal de "Remessa por conta e ordem de terceiros", emitida pela Autuada para acobertar a entrega e o transporte da mercadoria industrializada vendida pelo encomendante da industrialização, é condicionada à emissão da Nota Fiscal de venda (emitidas pela Premium Indústria e Participação e Cervejaria Uhma EIRELI), com o destaque do imposto, que deverá ser informada em campo próprio da referida nota fiscal que acompanhará o trânsito da mercadoria.

Assim, conforme defende a Fiscalização, o documento fiscal emitido como simples remessa, vinculados a notas fiscais de vendas inexistentes, canceladas, mencionando quantidades superiores ou mercadorias diferentes, "não têm o respaldo

tributário do artigo – emissão sem destaque do imposto, isto porque os produtos ou parte deles não foram tributados no documento de venda mencionado”.

Ou seja, tais documentos de simples remessa, emitidos pela Autuada para acobertar o trânsito das mercadorias, referem-se, conforme explica o Fisco, a operações dissimuladas de simples remessa, uma vez que tais documentos fiscais mencionam dados divergentes das notas fiscais de vendas às quais estão vinculadas. Assim, a Autuada procedeu à saída de mercadorias de produção própria sem o recolhimento dos impostos devidos.

Para documentar que a empresa Autuada comercializa produtos de produção própria, a Fiscalização anexa aos autos o relatório “*NFE COMPRA DE INSUMOS VENDA DE CERVEJA CHOPP*”, composto das planilhas “*1-COMPRA DE INSUMOS*” onde consta a relação das notas fiscais, por itens, emitidas por terceiros documentando aquisição dos principais insumos para a fabricação de cerveja (malte, lúpulo e fermentos) e “*2-VENDA TRANSF CERVEJA CHOPP*” com a relação das notas fiscais, por itens, de emissão própria, comprovando a venda de cerveja e chope de produção própria, além da transferência de mercadorias para a matriz, estabelecida no estado do Rio de Janeiro, para posterior comercialização.

Não restam dúvidas de que a informação e o recolhimento do imposto nas vendas com entrega à ordem são de responsabilidade do vendedor, conforme argumenta a Impugnante, cabendo, neste caso, ao industrializador apenas fazer a entrega da mercadoria faturada mediante emissão de nota fiscal para formalizar a remessa e acobertar o trânsito.

Entretanto, o dispositivo regulamentar dispensando o destaque do imposto no momento da circulação da mercadoria está vinculado à emissão da referida nota fiscal de venda com o destaque do imposto, limitado a quantidade e a mercadoria nele descrita, o que não ocorreu no caso dos autos.

O Anexo “*1 - Conciliação Venda x Remessa*” do Auto de Infração, demonstra que o Fisco observa a premissa do citado art. 304, nas saídas de cerveja industrializadas a título de remessa por conta e ordem.

Conforme mencionado, referida planilha enumera nas colunas “A a K” os dados dos documentos fiscais de venda com entrega por conta e ordem do industrializador (emitidas pela Premium Indústria e Participação e Cervejaria Uhma EIRELI) e nas colunas “M a AB” as informações constantes das notas fiscais eletrônicas de remessa emitidas pela Autuada.

Nas citadas notas fiscais da Autuada, na coluna “Q”, é possível identificar o documento fiscal de terceiros, correspondente ao documento fiscal de origem, em seus quadros “dados adicionais” no campo “informações complementares”.

Na conciliação dos referidos documentos fiscais apurou-se as seguintes situações: NFE de venda com cláusula expressa de “Entrega por conta e ordem pela CERVAM” sem a correspondente NFE de remessa, com NFE de remessa constando produto diferente daqueles listados na correspondente nota fiscal de venda, quantidade de mercadorias a maior que a quantidade constante na NF-e de venda, vinculação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NF-e de remessa com NFes de vendas canceladas e menção nas notas fiscais de remessa de número de documento fiscal de venda inexistente.

Tais irregularidades foram destacadas pelo Fisco, na citada planilha “1 - Conciliação Venda x Remessa, da seguinte forma:

- Destaque em “verde”: operações com vinculação regular da descrição e quantidades das mercadorias relacionadas nas notas fiscais de venda e remessa por conta e ordem;

- Destaque em “amarelo”: operações com disparidade entre a nota fiscal de venda e a de remessa por conta e ordem a ela vinculada;

- Destaque em “vermelho”: apontam o *status* indicando NFes canceladas e as emitidas com informações divergentes (apurou-se NFE de venda com cláusula expressa de “Entrega por conta e ordem pela CERVAM” sem NFE de remessa e NFE de remessa constando: produto diferente, quantidade a maior, vinculação a NFE de vendas canceladas e menção de número de NFE de venda inexistente).

As irregularidades detectadas foram compiladas na planilha “2 - NFE Inconsistentes” com discriminação das diferenças apuradas nas colunas “AD a AL”.

A título de exemplo, segue abaixo a descrição de constatação de irregularidade detectada pela Fiscalização:

NFE 034.688 emitida em 06/09/2017 pela Premium que **vende** à Equilibrium 4.400 PCT de cerveja Proibida Pilsen 473ml LT 12x1, mencionando nas informações complementares “MERCADORIA SENDO ENTREGUE POR CONTA E ORDEM DA EMPRESA BRASBEV INDUSTRIA DE BEBIDAS LTDA” doc. Fls. 71. Em 15/09/2017 a Brasbev (razão social antes da transformação em CERVAM S/A) efetuou a remessa da mercadoria vendida, através da NFE de simples remessa 000.659 – 4.400 PCT de cerveja Proibida Pilsen 473ml LT 12x1 à Equilibrium, mencionando nos dados complementares “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS EM VENDA A ORDEM. NF-e DE VENDA 34688 DE 06/09/2017 DA PREMIUM INDUSTRIA COMERCIO E PARTICIPACAO LTDA” doc. Fls.72, observando os limites de quantidade e descrição da mercadoria comercializada.

Em 22/09/2017, a Brasbev (CERVAM) emiti a NFE 000.746 remetendo novamente à Equilibrium 4.400 PCT de cerveja Proibida Pilsen 473ml LT 12x1 à Equilibrium, mencionando nos dados complementares “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS EM VENDA A ORDEM. NF-e DE VENDA 34688 DE 06/09/2017 DA PREMIUM INDUSTRIA COMERCIO E PARTICIPACAO LTDA” doc. Fls. 73. Venda de 4.400 PCT pela Premium entrega de

8.800PCT pela Brasbev – 4.400 PCT saídas da Brasbev/Cervam sem tributação.

(...)

O artifício utilizado para promover saídas de mercadorias sem pagamento dos impostos devidos, arditosamente utiliza documentos fiscais regularmente emitidos em quantidades superiores as vendidas, com descrição de produtos diferentes, fornecendo a mesma quantidade em embalagem contendo o dobro da constante na NFE de venda e até produtos não vendidos valendo-se da menção de documentos cancelados, inexistentes e notas fiscais de adquirente diverso.

Exemplos:

Quantidade Superior – NFE de venda 545/547 de 28/10/2019 Simples Remessa 6803 de 28/10/2019 – relatório fls. 69, planilha 1 linha 2360/61, planilha 2 linhas 23/24, planilha 4 linha 14, docs. fls.112, 113, 520;

Descrição Produtos diferente – NFE de venda 309/310 de 07/10/2019 Simples Remessa 6591 de 07/10/2019 – relatório fls. 69, planilha 1 linha 2064/65, planilha 2 linhas 21/22, planilha 3 linha 38, planilha 4 linha 12, docs. fls. 105, 106, 518;

NFE Cancelada – NFE de venda 791/792 de 14/11/2019 Simples Remessa 6976 de 14/11/2019 – relatório fls. 69, planilha 1 linha 2733/34, planilha 2 linhas 34/35, planilha 4 linha 17, docs. fls.119, 118, 522

NFE Inexistente – NFE venda C Uhma 9874/9878 (inexistente) mencionada na simples remessa 8031 e 8035 de 31/03/2020 – relatório fls. 69, planilha 1 linha 5351/52, planilha 2 linhas 422/23, planilha 4 linha 81/82, docs. fls.578/579

NFE destinatário diverso: NFE de venda para Mart Minas 2264, 2265, 2266 de 02/03/2020 mencionada nas Simples remessas para Equilibrium 7806, 7804 e 7805 de 02/03/2020 – relatório fls. 69, planilha 1 linha 4992/93/94/95/96, planilha 2 linhas 371/72/73/74/75/76, planilha 4 linha 64/65/66, docs. fls.233, 234,235, 567, 568, 569

NFE mesma quantidade com embalagem contendo unidade em dobro: NFE de venda 2477 de 25/03/2020 mencionando embalagem c/6 unidades Simples Remessa 8008 de 25/03/2020 constando embalagem com 12 unidades – relatório fls. 69,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

planilha 1 linha 5355, planilha 2 linhas 421, planilha 4 linha 80, docs. fls. 257, 577 (Grifou-se)

Veja-se que a citada planilha elaborada pela Fiscalização, por documento de venda, demonstra a entrega, por parte da Autuada, no primeiro exemplo supracitado, de mercadoria em quantidade superior a efetivamente vendida pela encomendante, com reutilização da mesma NFE de venda, cuja entrega já havia sido efetuada, valendo-se indevidamente do argumento inserido nos dados complementares da nota fiscal “*remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros em venda a ordem. NF-e de venda 34688 de 06/09/2017 da Premium Indústria Comércio e Participação Ltda*”, caracterizando uma operação dissimulada, visando dar aparente regularidade a uma saída sem tributação. No mesmo sentido, estão demonstradas as demais divergências apuradas pelo Fisco.

A apuração realizada pela Fiscalização, dos documentos de venda dos produtos de propriedade da Premium e Cervejaria Uhma, que constam expressamente que a entrega é de responsabilidade da CERVAM (Brasbev), está demonstrado por documento, conforme já mencionado, na planilha “*1 - Conciliação Venda x Remessa*”, confrontados às respectivas saídas a título de remessa por conta e ordem emitidas pela indústria (ora Autuada), de acordo com as informações constantes no campo informações complementares das notas fiscais, conforme exigido pelo citado art. 304 do Anexo IX do RICMS/02.

As diferenças apuradas foram compiladas na planilha “*2-NFE Inconsistentes*”, mantendo a demonstração do quantitativo entre as vendas confrontadas com as respectivas remessas por conta e ordem, com indicação das diferenças apuradas nas colunas “AD a AL”.

As irregularidades arroladas na coluna “AJ” da planilha acima mencionada, referentes a saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais emitidas pela Autuada, sem destaque do imposto devido, utilizando-se de notas fiscais de Remessa por Conta e Ordem, constam da planilha “*4-Remessa Sem NFE Venda*” com apuração do crédito tributário devido.

Consta dos autos, ainda, que a apuração da base de cálculo do imposto devido nas operações subsequentes observou o PMPF fixado pela SUTRI, conforme previsto no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 1, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

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;

Portanto, restou demonstrado no presente lançamento o fato de que a Autuada emitiu notas fiscais destinadas aos adquirentes das mercadorias, sem destaque

do imposto, fazendo constar no campo “Informações Complementares” a informação de Remessa por conta e ordem de terceiros, entretanto, em contrapartida, não restou demonstrado a existência da nota fiscal de faturamento (venda), vinculada às operações ora autuadas, conforme previsão constante do referido art. 304 do Anexo IX do RICMS/02. Conclui-se assim, que tais saídas se deram sem o recolhimento do imposto devido.

Os Impugnantes alegam que *“a Autuada sequer é contribuinte do ICMS devido nas operações de industrialização por encomenda, face à sua adesão ao e-PTA-RE nº. 45.000017507-21 (cláusula 4ª), firmado pela Cervejaria Uhma, ora encomendante, no qual foi estabelecido o diferimento do pagamento do imposto”*.

Entretanto, conforme verifica o Fisco, *“as desonerações regulamentares, previstas no art. 4º dos RETs dos encomendantes e artigo 304 do Anexo IX do RICMS, limitam-se às situações específicas, ali delineadas. Diferimento do ICMS nas devoluções dos produtos industrializados do imposto incidente sobre a parcela da industrialização e dos produtos aplicados de propriedade do industrializador no processo e dispensa do destaque do ICMS nas remessas por conta e ordem”*.

Veja-se o artigo citado pelos Impugnantes:

**SEÇÃO III
INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA**

Art. 4º Fica diferido o pagamento do ICMS incidente sobre a parcela da industrialização de mercadorias, realizada por estabelecimentos industriais fabricantes localizados neste Estado, por encomenda da **CERVEJARIA UHMA**, para operações subsequentes por esta praticadas, relativa exclusivamente à industrialização da cerveja, classificada no código 2203.00.00 da NBM/SH.

Observa-se que os argumentos baseados na adesão ao citado Regime Especial em nada modificam ou acrescentam ao lançamento ora sob análise. O RET em questão trata de diferimento do pagamento do imposto incidente sobre a parcela da industrialização, nas devoluções dos produtos industrializados e o presente lançamento versa sobre a falta de retenção/recolhimento do imposto em operações de simples remessa cujos documentos fiscais mencionaram dados divergentes das NFES de venda correspondentes e, ainda, sobre a saída desacobertada de documento fiscal.

Não se sustenta, ainda, a alegação dos Impugnantes de que se trata de mero erro material, não havendo qualquer prejuízo ao erário, uma vez que os impostos devidos nas operações autuadas não foram recolhidos para o estado de Minas Gerais. De toda forma, a Fiscalização cuidou de analisar os argumentos apresentados pela Defesa:

Prudente esclarecer que a verdade real das operações está documentada nas notas fiscais eletrônicas regularmente emitidas pelos envolvidos e que erro materiais verificados foram pontualmente levados a efeito pelo fisco, quer por denúncia espontânea formalizada quer por constatação do fisco. Exemplos considerados de erros materiais ajustados no quantitativo:

Nota de remessa vinculada a nota de venda cancelada substituída posteriormente – venda NFE 192, 193 (cancelada) de 15/08/2019, 212 de 27/08/2019 substituição sem nenhuma informação nos dados complementares considerada por dedução – remessa NFE 6252 com citação da NFE 192/193 - relatório fls. 69, planilha1 linha 1673/74;

Nota de remessa mencionando nota de venda 58261 inexistente evidenciando erro de digitação - venda NFE 59261 de 05/11/2018 - remessa 3943 de 07/11/18 citando NFE 58261- relatório fls. 69, planilha1 linha 1186;

Os demais erros alegados deveriam ser regularizados através de denúncia espontânea, devolução da mercadoria por parte do adquirente o que não aconteceu. As irregularidades eram de inteiro conhecimento da autuada, que por inúmeras vezes foi alertada e intimada a esclarecer e regularizar as distorções enumeradas no relatório, conforme consta de cópia de intimações e e-mail juntados aos autos.

Cumpra esclarecer, ainda, que em relação às Denúncias Espontâneas apresentadas pela Autuada, a Assessoria determinou a Diligência de págs. 925/926 para que a Fiscalização atendesse ao seguinte:

Esclarecer a respeito dos documentos acostados no Anexo “Outros” do Auto de Infração, principalmente aqueles relacionados às Denúncias Espontâneas: “*DE Cervam Erro Desc*” e “*DE Equilibrium Erro Desc*”, informando, inclusive, se tais documentos tiveram algum efeito sobre o presente trabalho, repercutindo na apuração do crédito tributário.

Nesse sentido, reporta-se aos esclarecimentos prestados pelo Fisco, em atendimento à citada Diligência:

O documento acostado no Anexo “Outros” do auto de infração em epígrafe, Denúncia Espontânea “*DE Cervan Erro Descrição*” menciona as NFes 7635, 7636, 7637, 7638, 7664, 7683, 7688,7689,7708, 7720, 7727, 7728, 7749, 7765, 7771, 7775, 7776, 7787, 7788, 7792, 7793 e 7801, teve a finalidade de corrigir a descrição das mercadorias constantes dos documentos emitidos, declarando formalmente que os produtos remetidos eram cerveja ESTRELA SIRIUS PILSEN 600ML.

As NFes 7635 a 7749, mencionam o código de produto 1010107647 e descreve a mercadoria remetida como CERVEJA PM ESTRELLA SIRIUS 600ML 12X1, divergindo da descrição da mercadoria constante em seus arquivos eletrônicos transmitidos – SPED,

registro 0200, que descreve o produto como CERVEJA ESTRELLA SIRIUS PILSEN 600ML 12X1.

Com a denúncia espontânea a empresa confirma as informações levadas a efeito nos seus registros eletrônicos transmitidos, REGISTRO 0200 – CODIGO 1010107647 – CERVEJA ESTRELLA SIRIUS PILSEN 600ML 12x1, documentando a termo erro apenas de descrição nas NFes mencionadas no parágrafo anterior, o que ajusta a mercadoria remetida às descritas nas NFes de venda para entrega por conta e ordem.

A Cervejaria Uhma S/A, proprietária das cervejas vendidas fabricadas por encomenda e remetida por conta e ordem aos adquirentes pela CERVAN, utilizou nas NFes de vendas no mês de fevereiro/2020 o código 0000000041 com a descrição ESTRELLA SIRIUS 600ML e a partir de março 0000000079 ESTRELLA SIRIUS 600ML 12X1, o que pelo cálculo do ICMS/ST retido nas NFE de fevereiro fica patente que os produtos vendidos se trata de caixa com 06 (seis) unidades o que foi alterado em março/2020.

As diferenças apuradas em relação as notas fiscais eletrônicas mencionadas na denúncia espontânea documentadas nas planilhas, do relatório Conciliação NFE Venda Terceiros X Remessa Cervan são fundamentadas na divergência entre a quantidade de unidades por caixa vendida (6x1) e a quantidade de unidade por caixa constante das NFes de remessa (12x1).

É importante frisar que o produto CERVEJA ESTRELLA SIRIUS PILSEN 600ML foi incluído no portfólio da Cervejaria Uhma S/A a partir de fevereiro, vendido inicialmente na mesma quantidade do produto até então fabricado em garrafa de 600ml a cerveja 0000000044 – BRUSSELS PURO MALTE 600 ML (cx. 6X1) que também a partir de março/2020 passou a ser comercializada como 0000000080 – BRUSSELS PURO MALTE 600ML 12X1.

A denúncia espontânea regularizou apenas descrição da mercadoria mencionada nos documentos fiscais emitidos ajustando o código do produto utilizado no exercício à correta descrição da mercadoria - CERVEJA ESTRELLA SIRIUS PILSEN 600ML 12X1, o que prevaleceu nas notas fiscais subsequentes.

Ademais, o acatamento na forma esclarecida é favorável ao autuado, caso contrário ocorreria venda sem remessa e remessa de mercadoria sem retenção

do ICMS/ST pela quantidade total do produto diverso remetido.

Portanto, constata-se que os erros na descrição de mercadorias denunciados pela Autuada foram observados pela Fiscalização. Caso houvesse mais erros nesse sentido, deveria a Autuada ter regularizado ou demonstrado tais erros em sua peça de Defesa, o que não ocorreu.

Verifica-se dos documentos acostados aos autos que as irregularidades ora apuradas eram de inteiro conhecimento da Contribuinte, que por inúmeras vezes foi intimada a esclarecer as distorções detectadas pelo Fisco, conforme consta da cópia de intimações e e-mails juntados aos autos (fls. 8/61). Entretanto, dada a oportunidade, nenhum esclarecimento foi apresentado pela Autuada.

Corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, ICMS/ST, ICMS/ST-FEM e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

(...)

Por fim, conforme art. 12-A da Lei nº 6.763/75 e art. 2º e art. 3º, inciso I, alínea "a", ambos do Decreto nº 46.927/15, é devido o adicional de alíquotas de 2% (dois por cento), relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), fato que sequer fora objeto de impugnação da Contribuinte, restando incontroverso o tema.

Veja-se a legislação de regência da matéria:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias abaixo relacionadas, inclusive quando a alíquota for fixada no regulamento do imposto:

(...)

DECRETO N° 46.927/15

Art. 2° A alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto n° 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais na operação interna que tenha como destinatário consumidor final, realizada até 31 de dezembro de 2022, com as seguintes mercadorias:

(...)

Art. 3° O disposto no art. 2°:

I - aplica-se, também:

a) na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

Destaca-se que em relação ao FEM, aplicou-se, também, a Multa de Revalidação em dobro, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (cerveja), conforme já mencionado.

2) Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal (nota fiscal de remessa por conta e ordem) em relação as notas fiscais de vendas emitidas por terceiros, cuja entrega das mercadorias ficaram a cargo da Autuada.

As vendas de mercadorias cujas entregas ficaram a cargo da Autuada, para as quais não houve a emissão de NFes de remessa por conta e ordem, encontram-se relacionadas na planilha “3 - Entrega Sem NFE Remessa”.

Exige o Fisco a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei n° 6.763/75:

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

(...)

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

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

Tais saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal estão identificadas na planilha “2-NFE Inconsistentes”, na coluna “AI” e foram compiladas na planilha “3-Entrega Sem NFE Remessa” com apuração da multa isolada devida.

Os Impugnantes alegam, em síntese, que *“da conciliação dos valores e dos documentos fiscais pertinentes ao período fiscalizado, conclui-se que parte das mercadorias, ao contrário do que faz parecer a Autoridade Fiscal, não foram enviadas pela CERVAM às adquirentes, e sim foram remetidas à encomendante (CFOP 5.124), integrando o seu estoque para operação subsequente”*.

A Fiscalização, por sua vez, deixou consignado o seguinte:

As divergências estão documentadas no levantamento quantitativo constantes dos relatórios acostados aos autos, discriminando por documento os produtos faturados pela Cervejaria Uhma com indicação expressa que a CERVAM iria promover a remessa e seria a responsável por acobertar o trânsito da mercadoria nos termos do inciso II do artigo 304, anexo IX do RICMS. As remessas normalmente ocorrem em até 15 dias da emissão do documento de faturamento e a partir de outubro de 2019 passaram a serem efetuadas na data da venda conforme consta da planilha “1 - Conciliação Venda x Remessa”, relatório de fls.69.

Não cabe contestar erro materiais com meras alegações, necessário identificá-los de forma precisa com apontamento dos documentos de remessa emitidos pela CERVAM acobertando saídas consideradas desacobertadas pelo fisco não levados a efeito na apuração, ou provar que a mercadoria ainda não foi entregue ao destinatário/adquirente.

Portanto, conforme verifica a Fiscalização, consta nas NFEs de vendas expedidas pela Cervejaria Uhma Eireli, no campo de dados complementares, que o transporte e a entrega das mercadorias seriam efetuados pela Autuada, por meio de notas fiscais de simples remessa. Entretanto, tais notas fiscais não foram emitidas. Assim, as alegações da Impugnante não encontram consonância com as informações inseridas nos documentos fiscais de vendas relacionados pelo Fisco.

Nesse sentido, sobre o valor das vendas sem emissão de NFE de remessa pela Autuada foi aplicada pela Fiscalização a multa isolada prevista, nos termos da legislação supratranscrita.

A Fiscalização baseou-se na declaração dos adquirentes e na omissão da Autuada em prestar os esclarecimentos solicitados por meio do Termo de Intimação nº 008/2020, acostado aos autos às fls. 20.

Não merece razão, também a Defesa, quando afirma que *“a manutenção da multa isolada claramente representaria uma dupla cobrança, diante da realização, pela encomendante (real contribuinte), do devido recolhimento de todos os tributos incidentes sobre as operações realizadas”*, uma vez que não há exigência de imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para as operações em questão, pois a Fiscalização considerou que o imposto foi destacado nas notas fiscais de venda que deu origem às entregas de mercadorias desacobertadas. O que se exige, neste caso, é apenas a Multa Isolada por dar saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa isolada, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Correta, portanto, a exigência da penalidade isolada em questão, nos exatos termos da legislação de regência.

3) deixou de apresentar os registros contábeis de 2017 a 2019 (ECD), após reiteradas intimações e cobranças via e-mail efetuadas pela Fiscalização.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

Este item do lançamento não é contestado pela Impugnante.

Conforme explica a Fiscalização, a exigência da multa isolada citada está fundamentada na falta de disponibilização ao Fisco dos arquivos contábeis do período de 2017 a 2019, descumprindo as exigências constantes em 07 (sete) intimações, de números 001, 002 e 004 a 008 de 2019 e 2020, emitidas pela Fiscalização (págs. 08/22).

Assim, procedente também essa acusação fiscal uma vez que a Autuada deixou de atender intimação efetuada pelo Fisco para apresentação de documentos.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade na exata medida prevista na legislação tributária deste estado:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

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

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

Por fim, conforme já mencionado, o sócio-administrador da empresa, Rogério Luiz Bicalho, foi incluído no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A Defesa contesta a referida inclusão do Coobrigado alegando ser insuficiente para tal procedimento o mero inadimplemento, arguindo que “*somente quem tenha sido o autor do ato abusivo é que será pessoalmente responsabilizado pela obrigação tributária dele oriunda*”.

Afirma que a responsabilidade pessoal decorre somente de ato praticado com infração à lei, o que não teria restado demonstrado no presente caso.

Argumenta que a tese da defesa demonstra que não houve a intenção em se infringir a norma tributária, restando ausente a responsabilidade do Coobrigado, no caso dos autos.

Cita legislações, jurisprudências e doutrinas que entende corroborarem o seu entendimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante os argumentos apresentados, a responsabilidade do sócio-administrador decorre de previsão expressa de lei: art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

CTN

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

(...)

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

(...)

Lei 6.763/1975

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.

No caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária ao referido Coobrigado, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando permitiu a saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal e em operações dissimuladas como de simples remessa, com conseqüente falta do pagamento dos impostos devidos.

Induvidoso que o Coobrigado tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa atuada, na qualidade de sócio-administrador.

Assim, correta a responsabilização tributária do sócio-administrador no polo passivo da obrigação tributária.

Diante de todo o exposto, observa-se que as infrações cometidas pelos Impugnantes restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo os Autuados apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo é o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em considerar também, como Recorrente, Rogério Luiz 24.058/22/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Bicalho, conforme constante da peça impugnatória, apesar de ter sido gerado apenas um número de recurso vinculado a Cervam – Cervejaria do Amazonas S/A. Ainda em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 16 de fevereiro de 2022.

**Thiago Álvares Feital
Relator**

**Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora**

CS/D