

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.466/23/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002338059-48
Impugnação: 40.010154967-59, 40.010154969-11 (Coob.), 40.010154968-30 (Coob.)
Impugnante: Afylife Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação
CNPJ: 14.978293/0001-90
Douglas Pezzi dos Santos (Coob.)
CPF: 010.151.910-96
Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda (Coob.)
CNPJ: 14.995009/0001-94
Origem: DF/Contagem - 1

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.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO - SOLIDARIEDADE. Correta a atribuição de responsabilidade à empresa Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, com fulcro no art. 22, § 18 da Lei nº 6.763/75 e art. 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, em face da comprovação do recebimento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com recolhimento a menor do imposto. Correta, também, a eleição do estabelecimento matriz para o polo passivo da autuação, em razão do encerramento das atividades do estabelecimento filial coobrigado, com fulcro no art. 24, § 2º, da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO. Constatou-se que a Autuada, substituto tributário por força dos Protocolos de ICMS nº 17/85 (Lâmpadas, Reatores e “Starter”), nº 198/09 (Materiais elétricos), e nº 192/09 (Produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos), sediada no estado do Rio Grande do Sul, reteve e recolheu a menor o ICMS devido por substituição tributária a este estado, nas remessas de mercadorias à empresa interdependente mineira Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, para posterior venda no Estado, em razão de consignar base de cálculo diversa na prevista na legislação (subfaturamento), constatado mediante o confronto das notas fiscais emitidas pela Autuada com destino à empresa interdependente e a outros destinatários localizados neste Estado. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º,

inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, inciso “b”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS substituição tributária devido a este Estado, nas remessas de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (Capítulos 9, 12 e 21), no período de 01/10/17 a 30/09/18, em razão da empresa autuada (Afylyfe Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação) ter promovido a remessa de mercadorias com destino à empresa interdependente Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, consignando nas respectivas notas fiscais importância diversa do efetivo valor das operações (subfaturamento), uma vez que o preço praticado nas operações realizadas com a “Shpy” é notoriamente inferior ao preço praticado com as mesmas mercadorias nas remessas para demais contribuintes neste Estado.

Exige-se o ICMS/ST, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Elegeu-se para o polo passivo da presente autuação a empresa Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda (CNPJ 14.995.009/0001-94), estabelecimento Matriz, localizado em Navegantes/SC, uma vez que o estabelecimento mineiro se encontra baixado, com fulcro no ar. 124, inciso I do CTN c/c o art. 24 § 2º da Lei nº 6.763/75. Conforme disposto no art. 15 do Anexo XV do RICMS/02, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido a este Estado a título de substituição tributária ao estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, é do estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária.

Foi também incluído no polo passivo da autuação o sócio administrador da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, resultando no descumprimento das obrigações tributárias relativas ao recolhimento do ICMS.

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e seu sócio administrador e a Coobrigada apresentam, tempestivamente, em conjunto, e por seus representantes legais, Impugnação às fls. 228/286 dos autos.

Informam, inicialmente, que a empresa Afylyfe Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação Ltda é importadora e comercial atacadista de material elétrico e a Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda trata-se de comércio atacadista de material elétrico e não são administradas pelas mesmas pessoas.

Discorrem sobre a “tecnologia LED” e aduzem que o Sr. Douglas Pezzi e outro sócio, em janeiro de 2012, teriam criado a empresa “Afyllife”, no Rio Grande do Sul, para importar artefatos de iluminação dotados da tecnologia LED e a empresa “Shpy” (inicialmente também naquele estado), para atuar no comércio atacadista de produtos elétricos diversos.

Informam que, no final de 2012 e início de 2013, houve substituição de sócios.

Frisam que “a *“Afyllife importava e comercializava para determinados segmentos de clientes, sendo tal negócio conduzido pelo Sr. Douglas Pezzi dos Santos, já a “Shpy” apenas distribuía e não importava, ficando a cargo dos demais sócios conduzir esse negócio”*”.

Aduzem que a Fiscalização alega que as empresas “Afyllife” e “Shpy” seriam interdependentes pois a holding patrimonial “88 Negócios e Participações Eireli” seria sócia das empresas Golden, Afyllife e Shpy.

No entanto, informam que a “88 Negócios e Participações Eireli” somente teria entrado no quadro societário da empresa “Afyllife”, em 12/12/17, e da “Shpy”, em 28/05/18.

Defendem que a motivação do Auto de Infração estaria relacionada ao suposto fato de a Afyllife e Shpy terem a mesma holding fazendo parte de ambas, na qualidade de diretor ou sócio em funções de gerência.

Aduzem que, no período fiscalizado, somente para os fatos geradores posteriores a 28/05/18 é que poderia haver a chamada “interdependência em razão da holding patrimonial 88 Negócios e Participações Eireli, conforme Tabela 3, utilizada pela própria Fiscalização.

Defendem que não há que se falar em interdependência entre as referidas empresas, nos termos do art. 13, § 18, alínea “a” e “b” da Lei nº 6.763/75, o qual prevê que uma delas, por si ou seus sócios devem ser titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra, ou uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor ou sócio, em funções de gerência. Isso porque, em boa parte do período autuado a 88 Negócios e Participações Eireli não era sócia ou detentora de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital de ambas as empresas, tampouco exercia função de gerência, uma vez que a administração da “Afyllife” cabia ao Sr. Douglas Pezzi e da “Shpy” ao Sr. Rafael Magro Fernandes.

Alegam os Impugnantes que o Auto de Infração seria nulo em razão de vício de motivação, conforme previsto no art. 142, parágrafo único do CTN, uma vez que, em boa parte do período autuado, não há subsunção com o art. 13, § 18, alínea “a” e “b” da Lei nº 6.763/75, para efeitos de caracterização de interdependência.

Arguem, ainda, a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade da “Afyllife” para figurar no polo passivo deste, uma vez que o débito cobrado, se existente de fato, resulta de operações realizadas pela “Shpy”.

Defendem que, devido ao regime de substituição tributária, todas as saídas da “Shpy” não geraram débito a pagar de ICMS, uma vez que a Afylife, substituta tributária, adiantava o recolhimento do imposto.

Aduzem que a cobrança realizada pelo Fisco está relacionada ao ICMS/ST incidente sobre as saídas promovidas pela Shpy, dada a condição de interdependência atribuída pelo Fisco, que seria o fundamento central do Auto de Infração. Assim, não se poderia exigir tais valores da empresa Afylife, na medida em que esta já teria recolhido toda a carga tributária incidente sobre as operações realizadas em seu nome, ou seja, o ICMS próprio e o ICMS/ST, sob pena de *bis in idem*.

Alegam que, independentemente de existência de “subavaliação de preços”, o segundo fato gerador (saídas promovidas pela Shpy a terceiros), não seria influenciado pelo primeiro fato gerador (saídas da Afylife para a Shpy). Isso porque a autuação decorre de ausência de retenção na substituição tributária das mercadorias em razão de interdependência.

Defendem que, para apuração do refazimento do ICMS/ST seria irrelevante o preço praticado na etapa anterior, pois o critério estabelecido pela legislação mineira para obrigar o refazimento do ICMS/ST é a interdependência e não o preço praticado entre elas. Tanto é assim que para a apuração do valor devido, a Fiscalização utiliza-se dos preços praticados pela “Shpy” a terceiros.

Seguem defendendo que o lançamento seria nulo ainda, em razão da ilegitimidade passiva do Sr. Douglas Pezzi.

Sustentam que não teria havido a individualização da conduta do sócio para caracterização da responsabilidade tributária, como previsto no art. 135, inciso III do CTN, o que ensejaria a nulidade de sua responsabilização.

Afirmam que não há demonstração das hipóteses dos arts. 124, inciso I e art. 135, inciso III, ambos do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Trazem jurisprudência que entende corroborar seus argumentos.

Aduzem que a responsabilidade prevista no art. 135, inciso III do CTN exige que ocorra violação de lei comercial ou civil e não da legislação tributária propriamente dita, ou do contrato social ou estatutos da pessoa jurídica, lesando-se esta, o que não estaria comprovado no caso em apreço.

Concluem que, diante da falta de provas de conduta ilícita e da ausência de demonstração do seu interesse na situação, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Sr. Douglas Pezzi para figurar como responsável solidário pelo lançamento do crédito tributário.

No tocante à alegação do Fisco de utilização de mesmo endereço IP para emissão das notas fiscais da “Afylife” e da “Shpy”, qual seja, Caxias do Sul e Curitiba, fazem as seguintes ponderações:

- que ao acessarem o site mencionado pela Fiscalização (fonte de dados), verifica-se que se trata de site estrangeiro e não oficial (site comercial), sem a menor confiabilidade;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que alguns IPs exibem resultados diversos, como por exemplo, os IPs 189.2.158.130 e 201.6.188.174, que, na tabela da Fiscalização informa “Curitiba” e “Caxias do Sul”, enquanto na consulta feita pelos Impugnantes, restaram, respectivamente, em Blumenau (SC) e Camaquã (RS), transcrições às fls. 258;

- que, consultando outro site de mesma estirpe, obtém-se outros dados (fls. 259);

- que foram utilizadas presunções para formar juízo proposital, uma vez que os referidos sites de verificação de IPs não se demonstram meio de prova hábeis ao fim pretendido.

Discorrem sobre os tipos de provas (prova direta e indireta) e concluem que a Fiscalização tenta adotar premissas para induzir a uma determinada conclusão, qual seja, a suposta existência de empresas interdependentes.

Aduzem que, no caso concreto, a partir dos indícios (provas indiretas) não seria possível assumir que teria havido subfaturamento, comparando os preços praticados pela “Afylyfe” e “Shpy”, uma vez que o critério utilizado pela Fiscalização (vendas da Afylyfe para terceiros) não restou devidamente comprovado.

Arguem que os indícios, quando não corroborados por outras provas, não passam de meras presunções. E que da leitura do disposto no art. 108, § 1º do CTN denota-se a impossibilidade do emprego de analogia e presunções factuais para exigência de tributos, quando não houver expressa autorização legal.

Concluem que, no caso concreto, a prova elencada (endereço de IP) não tem qualquer validade jurídica. E que, portanto, o Auto de Infração seria nulo, visto que constituído a partir de presunção de fatos o que é vedado pelo art. 108, § 1º do CTN.

Adentrando ao mérito, propriamente dito, discorrem sobre a previsão da substituição tributária na CF/88 (art. 150, § 7º) e traz o art. 128 do CTN, dizendo que a responsabilidade tributária por substituição progressiva consiste no traslado da responsabilidade de recolhimento da exação a terceiro que antecede o contribuinte futuro na cadeia operacional.

Aduzem que, no tocante à interdependência, essa ocorre quando uma pessoa faz parte de ambas as sociedades envolvidas na relação comercial, na qualidade de sócio administrador (art.13, § 18, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 6.763/75).

Ponderam que, caso se entenda pela existência de interdependência entre a “Afylyfe” e a “Shpy”, por força da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 198/09, não há que se falar em recolhimento de ICMS/ST sobre operações de empresas interdependentes.

Esclarecem que, nesse caso, a “Afylyfe”, por se tratar de empresa voltada à importação de mercadorias, por força do art. 9º do Decreto nº 7.212/10, por ser estabelecimento importador, equipara-se à estabelecimento industrial. Nos termos do 3º da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 198/09, a transferência promovida entre estabelecimentos interdependentes não estaria sujeita à incidência do ICMS/ST.

Asseveram que a “Afylife” recolheu ICMS/ST na condição de substituta tributária, portanto, a exação já foi integralmente recolhida aos cofres públicos tanto, do estado de Minas Gerais, quanto do estado do Rio Grande do Sul, não importando se foi aplicada indevidamente a sistemática da substituição tributária progressiva, não tendo sido comprovado pelo Fisco, prejuízo aos cofres públicos.

Aduzem que *“se as empresas impugnantes cuidar-se-iam de empresas “interdependentes”, o Fisco estadual, desconsiderando o ICMS-ST já havia disso recolhido na operação, determinando nova incidência sobre o preço de saídas da empresa Mineira, não poderia ocorrer o “refazimento do ICMS-ST”, uma vez que a legislação proíbe a sistemática da substituição tributária no caso de empresas interdependentes”*.

Concluem que, tendo em vista os Convênios ICMS, bem como o próprio Regulamento do ICMS mineiro, obsta a utilização da técnica de substituição tributária nas operações que envolvam as mercadorias elencadas em seu Anexo XV, caso constatada a interdependência das empresas, deve ser desconstituído o presente lançamento.

Citam decisões do TJMG, nesse sentido.

Alegam que as penalidades aplicadas (art. 56, § 2º, incisos I e II e art. 55, inciso VII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75) são confiscatórias.

Entendem, ainda, que foram aplicadas duas multas sobre um mesmo fato, caracterizado o *bis in idem*, devendo ser afastada uma das multas.

Defendem a impossibilidade de aplicação da taxa Selic aos débitos ora exigidos, como juros de mora, nos períodos em que superior a 1% (um por cento), visto que limitados pelo art. 161 do CTN.

Requerem, ao final, a produção de prova pericial para identificação do custo de produção e dos preços de mercado e apuração do ICMS/ST correto.

Aduzem que, conforme se verifica da planilha “NFe Afylife Tot PTA 02”, disponibilizada pela Fiscalização, todas as supostas vendas com preço “muito superior ao praticado” ocorreram para um mesmo contribuinte (Loja Elétrica Ltda).

Destacam que não há comparativos de preços com outros contribuintes, o que seria imprescindível para comprovar a prática de subfaturamento. E que, a depender do volume de vendas, forma de pagamento, dentre outros fatores, cada relação entre cliente e fornecedor possui condições próprias, específicas e, por vezes, exclusivas.

Entendem imprescindível a realização de perícia para i) averiguação do preço praticado pelos importadores de lâmpadas LED e seus artefatos, para cada item objeto da autuação; e ii) perícia contábil para convalidar o correto recolhimento do ICMS/ST nas operações realizadas entre a “Shpy” e sua fornecedora. Para tanto, apresenta quesitos, às fls. 283 dos autos.

Em face da divergência da informação obtida pela Impugnante, acerca dos endereços dos IPs emitentes das notas fiscais de venda e da apresentada pelo Fisco no

tópico 5.2 _Análise do IP do Relatório Fiscal, utilizando o mesmo site utilizado pela Fiscalização, requerem a realização de perícia informática para saber se efetivamente os endereços de IP das notas fiscais utilizadas pelas Fiscalização.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 335/361, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 365/403, 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

Os Impugnantes alegam que o Auto de Infração seria nulo por falta de motivação. Isso porque estaria incorreta a alegação fiscal de que as empresas “Afylyfe” e “Shpy” seriam interdependentes, pois a holding patrimonial “88 Negócios e Participações Eireli” seria sócia das empresas “Golden”, “Afylyfe” e “Shpy”.

Sustentam que tal interdependência não estaria configurada, como previsto no art. 13, § 18, alíneas “a” e “b” da Lei nº 6.763/75, porque a holding patrimonial “88 Negócios e Participações Eireli” somente entrou no quadro societário da empresa “Afylyfe”, em 12/12/17, e no quadro societário da “Shpy”, em 28/05/18, ou seja, somente em relação a parte do período autuado se poderia ocorrer a chamada “interdependência em razão da holding patrimonial”,

Entendem, portanto que o Auto de Infração seria nulo em razão de vício de motivação, conforme previsto no art. 142, parágrafo único do CTN, uma vez que, em boa parte do período autuado, não há subsunção com o art. 13, § 18, alíneas “a” e “b” da Lei nº 6.763/75, para efeitos de caracterização de interdependência.

Alegam, ainda, que enseja a nulidade do Auto de Infração, a ilegitimidade da Afylyfe Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação para figurar no polo passivo deste, uma vez que o débito exigido, se existente de fato, resulta de operações realizadas pela Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda.

Sustentam que a cobrança realizada pelo Fisco está relacionada ao ICMS/ST incidente sobre as saídas promovidas pela “Shpy”, dada a condição de interdependência atribuída pelo Fisco, que seria o fundamento central do Auto de

Infração. Assim, não se poderia exigir tais valores da empresa “AfyLife”, na medida em que esta já recolheu toda a carga tributária incidente sobre as operações realizadas em seu nome, ou seja, o ICMS próprio e o ICMS/ST.

Defendem, ainda, como razão para declarar a nulidade do lançamento, o fato de que as provas apresentadas (endereço de IP), mediante a utilização da rede mundial de computadores, para sustentar que haveria relação íntima entre as empresas, e que estas seriam interdependentes, não teriam qualquer validade jurídica, e que, portanto, o Auto de Infração seria nulo, visto que constituído a partir de presunção de fatos, o que é vedado pelo art. 108, § 1º do CTN.

Entretanto não assiste razão à Defesa.

Observa-se que os Impugnantes fazem alegações, com base no entendimento equivocado de que “*a autuação decorre de ausência de retenção na substituição tributária das mercadorias em razão de interdependência*”.

Entretanto, não é o que se depreende dos presentes autos.

Consta do Relatório do Auto de Infração e do Relatório Fiscal Complementar que a autuação versa sobre “*retenção e recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária devido pela Autuada, estabelecida em outra unidade da Federação, RS, na condição de substituto tributário, nas operações interestaduais de lâmpadas elétricas, diodos e aparelhos de iluminação constantes no Capítulo 9, materiais elétricos constantes no Capítulo 12 e produtos eletrônicos constantes no Capítulo 21, do Anexo XV do RICMS/02 destinadas para contribuinte mineiro, no período de 01/10/2017 a 30/09/2018 em razão da Autuada ter promovido saídas de mercadorias destinadas a empresa mineira Shpy Com de Material Elétrico (que passaremos a denominar somente por Shpy), com valores notoriamente inferiores aos preços praticados com as mesmas mercadorias em remessas para demais contribuintes no estado de Minas Gerais.*”

Primeiro, há que se esclarecer que a acusação fiscal não se fundamenta na interdependência entre a remetente e a destinatária, mas na utilização pela Autuada (remetente), nas remessas para a destinatária mineira, de preços de venda notoriamente inferiores aos preços praticados nas vendas para outros clientes, também localizados neste Estado.

A constatação de relação de interdependência entre as empresas remetente e destinatária é apenas mais um elemento que comprova que a Autuada, agiu em conjunto com a destinatária na prática de subfaturamento nas operações objeto da presente autuação. Assim como, o fato de que, no período autuado, as notas fiscais de ambas as empresas eram emitidas por um mesmo IP, inclusive localizado em estabelecimento de empresa diversa das duas que ora compõem o polo passivo da presente autuação.

Vale dizer que a discussão sobre interdependência dos estabelecimentos será analisada quando se tratar do mérito, uma vez que com ele se confunde.

Verifica-se que 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. 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), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Não há que se falar que o lançamento foi baseado em presunções, no tocante à prova “endereço de IP”, a qual não teria validade jurídica.

Ademais, o Fisco trouxe aos autos, além da consulta ao site <https://ipinfo.io> (fonte de dados da Tabela 2 – Informações sobre os IPs emitentes das NF-es), a Declaração da Superintendência de Tecnologia da Informação da SEF – STI sobre os IPs dos computadores em que foram emitidas as notas fiscais dos estabelecimentos (Autuada e Coobrigada), o que será discutido, quando se tratar do mérito.

Induidoso que os Impugnantes compreenderam e se defenderam 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.

Quanto aos argumentos de ilegitimidade passiva do Sr. Douglas Pezzi, quanto à suposta falta de individualização da conduta do sócio para caracterização da responsabilidade tributária, como previsto no art. 135, inciso III do CTN, o que ensejaria a nulidade de sua responsabilização, também se confunde com o mérito e, assim será tratada.

Não é o fato de os Impugnantes discordarem da infringência que lhes é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a eles comprovarem as suas alegações.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

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

Do Pedido de Prova Pericial

Os Impugnantes pleiteiam a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Entendem imprescindível a realização de perícia para i) averiguação do preço praticado pelos importadores de lâmpadas LED e seus artefatos, para cada item objeto da autuação; ii) perícia contábil para convalidar o correto recolhimento do ICMS/ST nas operações realizadas entre a “Shpy” e sua fornecedora.

Para tanto, apresentam os quesitos de fls. 283 dos autos.

Pleiteiam, ainda, a produção de “perícia informática” para confirmação dos endereços de IP dos equipamentos dos quais foram emitidas as notas fiscais utilizadas pelas Fiscalização, na presente autuação.

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 litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Destaque-se que os autos foram instruídos pela Fiscalização com planilhas elaboradas a partir dos documentos fiscais emitidos pela Autuada para terceiros e para a “Shpy” (“NF-e Afylife Tot PTA 02”), demonstrativos de apuração do ICMS/ST devido, Declaração da Superintendência de Tecnologia da Informação da SEF – STI sobre os IPs dos computadores em que foram emitidas as notas fiscais dos estabelecimentos (Autuada e Coobrigada), além de outros documentos.

Verifica-se, portanto, que os argumentos e documentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – 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;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, 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 recolhimento a menor do ICMS substituição tributária devido a este Estado, nas remessas de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (Capítulos 9, 12 e 21), no período de 01/10/17 a 30/09/18, em razão da empresa autuada (Afylife Comércio de Material Elétrico

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importação e Exportação) ter promovido a remessa de mercadorias com destino à empresa interdependente Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, consignando nas respectivas notas fiscais importância diversa do efetivo valor das operações (subfaturamento), uma vez que o preço praticado nas operações realizadas com a “Shpy” é notoriamente inferior ao preço praticado com as mesmas mercadorias nas remessas para demais contribuintes neste Estado.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Em face do disposto no art. 15 do Anexo XV do RICMS/02, que atribui a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido a este Estado a título de substituição tributária ao estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, foi eleita para o polo passivo da presente autuação, a empresa Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda (CNPJ 14.995.009/0001-94), estabelecimento Matriz, localizado em Navegantes/SC, uma vez que o estabelecimento mineiro se encontra baixado, com fulcro no art. 124, inciso I do CTN c/c o art. 24 § 2º da Lei nº 6.763/75.

Foi também incluído no polo passivo da autuação o sócio administrador da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS.

Instruem os autos, dentre outros os seguintes documentos: Relatório Fiscal Complementar (fls. 07/29); Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 30/31), Resposta à intimação fiscal (fls. 33/35), e as seguintes planilhas demonstrativas da apuração fiscal:

- arquivo *Excel* denominado “DCT Afylife PTA 01-A”, contendo as abas: i) Comparativo entre os preços (BC do ICMS ST devido a MG) das mercadorias destinadas a empresa SHPY e a demais contribuintes em MG; ii) Visualização de Itens NFe - Emissão própria; iii) Demonstrativo do Crédito Tributário em valor original; iii) Tabela Dinâmica: NF-e x IP; iv) Relação Emitente x IP por NF-e; v) Informações dos IPs emitentes das NF-es (Anexo I - CD de fls. 48);

- arquivo *Excel* denominado “NF-e Afylife Tot PTA 02”, contendo planilhas com a relação de notas fiscais emitidas pela Afylife para terceiros e para a SHPY (Anexo I - CD de fls. 48);

- Anexo II - NF-es por amostragem, às fls. 51/156;

- Anexo III - planilha com a “Visualização dos Itens de NF-e emissão própria” da Afylife” (fls. 158/187);

- Anexo IV – Declaração da Superintendência de Tecnologia da Informação– STI sobre os IPs dos computadores em que foram emitidas as notas fiscais dos estabelecimentos (Autuada e Coobrigada) – fls. 189/211.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado pelo Fisco, a Autuada, localizada no estado do Rio Grande do Sul, substituta tributária, por força dos Protocolos de ICMS n°s 17/85, 198/09 e 192/09 (vigentes no período autuado), em relação às saídas subsequentes das mercadorias relacionadas no Capítulos 9, 12 e 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, **fez a retenção e o recolhimento a menor do imposto**, em razão de ter promovido remessas das referidas mercadorias para a empresa mineira Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, **utilizando valores notoriamente inferiores aos valores por ela praticados nas operações com outros contribuintes mineiros**.

Portanto, não cabe razão à Defesa quando alega que o fundamento para o lançamento fiscal teria sido a suposta interdependência entre os estabelecimentos remetente e destinatário.

Tampouco merece prosperar o argumento de que a cobrança realizada pelo Fisco estaria relacionada ao ICMS/ST incidente sobre as saídas promovidas pela “Shpy”, dada a condição de interdependência atribuída pelo Fisco.

Conforme se depreende do Relatório Fiscal, a autuação trata da retenção/recolhimento a menor do ICMS/ST, devido pela Autuada, nas remessas por ela realizadas para a empresa mineira “Shpy”, em razão de utilizar base de cálculo diversa da prevista na legislação, ao subfaturar as operações, conforme será demonstrado, a seguir.

Cabe, inicialmente, esclarecer que a responsabilidade do estabelecimento remetente pela retenção e recolhimento do ICMS/ST decorre do disposto no art. 12, § 1º e 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 dos Protocolos de ICMS n°s n° 17/85, 198/09 e 192/09. *In verbis*:

PROTOCOLO ICMS n° 17/85

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, diodos e aparelhos de iluminação

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nos estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário.

PROTOCOLO ICMS n° 192/09

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos.

Cláusula Primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados de Amapá, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro ou Rio Grande do Sul, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

PROTOCOLO ICMS nº 198/09

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais elétricos.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados de Minas Gerais, Paraná ou Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - relativo às operações subseqüentes.

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:

(...)

IX - Capítulo 9: Lâmpadas, Reatores e "Starter";

(...)

XII - Capítulo 12: Materiais Elétricos;

(...)

XXI - Capítulo 21: Produtos Eletrônicos, Eletroeletrônicos e Eletrodomésticos;

(...)

Art. 13. A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se também ao remetente não-industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, que realizar operação interestadual para destinatário situado neste Estado, ainda que o imposto tenha sido retido anteriormente para outra unidade da Federação.

Assim sendo, não prosperam os argumentos da Autuada Afylife Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação Ltda, acerca da sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do Auto de Infração, uma vez que fundamentados no pressuposto de que o débito cobrado, se existente de fato, resultaria de operações realizadas pela “Shpy”, o que não é verdade, e será demonstrado.

O estabelecimento destinatário também é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, conforme dispõe o § 18 do art. 22 da Lei nº 6.763/75 e o art. 15, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Confira-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

§ 18. Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituído, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

RICMS/02

Art. 15. O estabelecimento destinatário de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

Conforme demonstrado nos anexos do Auto de Infração, a Autuada realizou operações de vendas de mercadorias (CFOP 6.403) com destino à empresa mineira Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, utilizando preços notoriamente inferiores aos preços por ela praticados com as mesmas mercadorias nas remessas para demais contribuintes neste Estado.

Relata o Fisco, ainda, que *“constatou-se ainda que todas as NF-e de saídas, tanto do remetente, autuado, quanto as notas fiscais de venda da empresa mineira, destinatário mineiro, coobrigado, foram emitidas em endereços de IP relacionados na Tabela 2 no item 5.2, localizados nas cidades de Caxias do Sul/RS, e Curitiba/PR, inclusive com o domínio do IP de uma empresa estranha ao feito fiscal”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por oportuno, transcreve-se do Relatório Fiscal Complementar, como se deu a apuração da irregularidade:

O Autuado encontra-se estabelecido na cidade de Caxias do Sul no estado do RS e foi alçado à condição de substituto tributário por força do disposto no PROTOCOLO ICMS N° 17/85, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, diodos e aparelhos de iluminação, PROTOCOLO ICMS 198, de 11 de dezembro de 2009 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais elétricos e o PROTOCOLO ICMS 192, de 11 de dezembro de 2009 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos em relação a mercadorias destinadas ao estado de Minas Gerais relacionadas nos Capítulos 9, 12 e 21 Anexo XV do RICMS/02.

Através da composição societária com base nos dados da Receita Federal do Brasil, constatou-se que a empresa remetente das mercadorias, Afylife e a empresa mineira destinatária Shpy **fazem parte da mesma Holding patrimonial, 88 NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI CNPJ 28.718.865/0001-07.**

O trabalho fiscal baseou-se na análise documental de notas fiscais de entrada no contribuinte mineiro Shpy (NF-e entrada Shpy = NF-e saída Afylife) e seus respectivos registros no SPED, notas fiscais de saída da Shpy e notas fiscais da empresa Afylife destinada a demais contribuinte/s no estado de Minas Gerais. Na Tabela 1 abaixo temos essa comparação entre os preços unitários praticados para os mesmos produtos. As telas apresentando o quadro societário encontram-se no item 5.3.

Para o cálculo do preço médio de venda da Shpy foi considerado somente os CFOPs de venda de seus produtos, 5102 e 5405 dos produtos vendidos no período, os preços unitários foram calculados através da média aritmética simples dos valores de cada produto.

O Fisco colaciona, às fls. 09/13 dos autos a Tabela 1, contendo o comparativo entre os preços unitários das mercadorias destinadas à empresa “Shpy” e destinadas a outros contribuintes neste Estado, o que conduziu às seguintes conclusões:

- Os preços unitários de venda da empresa Afylife destinados a demais empresas localizadas em MG são similares aos preços de venda da empresa Shpy para seus clientes em MG, em relação as mesmas mercadorias, restando demonstrado desse modo o

subfaturamento da BC do ICMS ST das mercadorias destinadas a empresa SHPY.

- A BC do ICMS ST da empresa Afylife para demais contribuintes no território de MG é em média 333% maior que a BC para a mesma mercadoria destinada ao contribuinte Shpy.

Diante da comparação entre os preços praticados restou comprovada a venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando base de cálculo diversa da legalmente exigida, uma vez que não correspondia aos reais valores das operações nos termos do Art. 13, inciso IV, da Lei nº 6.763/75.

Uma vez constatada a redução da BC do ICMS ST para a empresa SHPY, procedeu-se o arbitramento da real BC ICMS ST conforme disciplina o Art. 54, § 4º RICMS/02. Para efeito de arbitramento dos reais valores das operações subfaturadas, adotou-se como parâmetro o valor médio das operações realizadas no período de apuração realizadas pelo próprio Contribuinte destinatário das mercadorias.

(...)

Em anexo, por amostragem (12%) doze por cento dos produtos (SE-105.1408 SE-105.1445 SE-105.529 SE-110.1421 SE-110.1421 SE-110.1421 SE-130.1136 SE-130.1436 SE-240.419 SE-240.419 SE-240.592 SE-240.593 SE-240.594 SE-240.595 SE-240.598 SE-240.599 SE-240.600 SE-240.600 SE-240.601 SE-240.601 SE-240.602 SE-240.602 SE-240.603 SE-240.603 SE-240.604 SE-240.924 SE-240.924 SE-240.925 SE-240.934 SE-330.1039 SE-330.1039 SE-330.1040 SE-330.1044 SE-330.1044 SE-330.1197 SE-330.1199 SE-330.1276 SE-330-1032 SE-335.1339 SE-335.1341) (quarenta e duzentos e vinte e sete) temos NF-e de venda da empresa Afylife para terceiros em MG, NF-e Afylife para Shpy e NF-e de venda Shpy também por amostragem. A Relação completa das NF-e se encontra no CD anexo Planilha NFe Afylife Tot PTA 02.XLS, abas NFe 3ºs, NFe Shpy e NFe Venda Shpy.

Insta destacar que o Fisco, para apuração do valor real das mercadorias subfaturadas, utilizou o valor médio das operações de venda realizadas pela “Shpy” para outros destinatários mineiros, por se tratar de valores similares aos praticados pela Autuada (Afylife) para outros contribuintes mineiros. Transcreve-se trecho da Tabela 1 para exemplificar:

TABELA 1 - COMPARATIVO ENTRE OS PREÇOS (BC DO ICMS ST DEVIDO A MG) DAS MERCADORIAS DESTINADAS A EMPRESA SHPY E A DEMAIS CONTRIBUINTES EM MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

	Cód.Produto	Preços de Venda Afylife para Shpy BC ICMS ST para Shpy	Preços de Venda Afylife para 3ºs BC ICMS ST para Terceiros	Preços de Venda Shpy	BC 3ºs / BC Shpy (%)
		Vlr U Médio	Vlr U Médio	Vlr U Médio	
2	SE-100.530	8,81	26,26	31,64	298%
3	SE-100.532	9,44	32,16	34,61	341%
4	SE-105.1408	11,79	49,68	55,72	421%
6	SE-105.529	11,28	36,45	41,47	323%
7	SE-110.1406	3,81	10,02	12,83	263%
10	SE-110.1421	4,00	12,79	13,89	320%
13	SE-110.536	4,06	10,57	13,27	260%
19	SE-115.1424	7,05	27,90	27,29	396%
20	SE-115.455	7,41	25,77	27,83	348%
22	SE-120.439	11,27	38,19	42,57	339%
25	SE-130.1136	8,93	38,45	40,48	430%

Os cálculos para a determinação dos valores unitários médios dos produtos encontram-se no CD de fls. 48, na planilha “NFe Afylife PTA02”, abas Vlr U para Shpy, Vlr U 3ºs e Vlr U saída da Shpy.

Insta destacar que o procedimento de arbitramento encontra-se de acordo com o disposto nos arts. 53, inciso II e 54, § 4º, do RICMS/02.

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

(...)

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

(...)

Art. 54. Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o Fisco adotará os seguintes parâmetros:

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros.

A Fiscalização traz outros elementos que comprovam que as empresas “Afylife” e “Shpy” agiam em conluio para promover a redução da base de cálculo do ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais, os quais são destacados a seguir:

- Item 5.2 do Relatório Fiscal Complementar: Análise do IP da emissão das NF-e das empresas emitente e destinatária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização demonstra por meio da Planilha “DCT AFYLIFE PTA 02”, abas Informações IP, NFe x IP e TD IP, dados resumidos nas Tabelas 2 e 3 de fls. 15/17 que:

- do total das notas fiscais eletrônicas de venda emitidas pela empresa mineira Shpy, 25,9% foram emitidas no IP 177.220.247.10 cujo domínio é da empresa Light S/A, estranha ao feito fiscal, localizada na cidade de Caxias do Sul/RS, e 48,4% das notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa remetente Afylife também foram emitidas nesse IP;

- demais 74,1% do valor total das notas fiscais eletrônicas de venda da empresa mineira Shpy foram emitidas no IP 189.2.158.130, localizado na cidade de Curitiba/PR.

- Item 5.32 do Relatório Fiscal Complementar: Quadro societário e gerencial das empresas:

Em face disso, o Fisco buscou informações sobre a empresa detentora do IP 177.220.247.10, Light Engine Iluminação S/A (CNPJ 24.546.165/0001-21), localizada na cidade de Caxias do Sul, e apurou a interligação dessa com as empresas envolvidas na presente autuação.

Demonstra, por meio do quadro de fls. 18/19 dos autos, a composição societária e gerencial de tais empresas e destaca as seguintes constatações:

- Douglas Pezzi dos Santos era presidente da empresa **Light**, e sócio das empresas **Afylife** e **Shpy**, bem como sócio das empresas **88 Negócios** e **Golden NYX**;

- S.G. era presidente da empresa **Light** e sócio da empresa **Shpy**,

- Rafael Magro Fernandes era diretor da empresa **Light** e sócio da empresa **Shpy**, bem como da empresa **Golden NYX**;

- L.A.O. era diretor da empresa **Light** e sócio da empresa **Shpy**;

- F.B.P. era sócio da empresa **Afylife**, da empresa **Shpy**, bem como da empresa **Golden NYX**;

- as empresas **88 Negócios e Participações EIRELI** e **Golden NYX Participações Ltda**, possuem o CNAE 64.62-0-00 que se trata de Holdings de instituições não-financeiras.

Diante disso, concluiu o Fisco que existe uma relação íntima fundada em interesse comum entre as empresas remetente das mercadorias AFYLIFE, a destinatária mineira SHPY e a emitente das Notas Fiscais LIGHT ENGINEE ILUMINAÇÃO, pois os diretores e presidentes dessa, são ou foram sócios das demais.

Os Impugnantes refutam as constatações do Fisco.

Inicialmente, informam que, em janeiro de 2012, foi criada a empresa “Afylife”, no Rio Grande do Sul, para importar artefatos de iluminação dotados da tecnologia LED e a empresa “Shpy” (inicialmente também naquele estado), para atuar no comércio atacadista de produtos elétricos diversos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirmam que a empresa Afylife Comércio de Material Elétrico Importação e Exportação Ltda é importadora e comercial atacadista de material elétrico e a empresa Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda trata-se de comércio atacadista de material elétrico, mas não seriam administradas pelas mesmas pessoas.

Frisam que “a *Afylife importava e comercializava para determinados segmentos de clientes, sendo tal negócio conduzido pelo Sr. Douglas Pezzi dos Santos, já a “Shpy” apenas distribuía e não importava, ficando a cargo dos demais sócios conduzir esse negócio*”.

Destacam que a Fiscalização alega que as empresas “Afylife” e “Shpy” seriam interdependentes pois a holding patrimonial “88 Negócios e Participações Eireli” é sócia das empresas Golden, Afylife e Shpy.

Informam que a “88 Negócios e Participações Eireli” somente entrou no quadro societário da empresa “Afylife”, em 12/12/17, e no da “Shpy” em 28/05/18. Portanto, não haveria que se falar em interdependência entre as referidas empresas, nos termos do art. 13, § 18, alíneas “a” e “b” da Lei nº 6.763/75. Isso porque, em boa parte do período autuado a “88 Negócios” não era sócia ou detentora de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital de ambas as empresas, tampouco exercia função de gerência, uma vez que a administração da “Afylife” cabia ao Sr. Douglas Pezzi e da “Shpy” ao Sr. Rafael Magro Fernandes.

Dispõe o citado § 18 do art. 13 da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 18. Considerar-se-ão interdependentes duas empresas quando:

- a) uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, ou respectivos cônjuges e filhos menores, por titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra, ou uma delas locar ou transferir à outra, a qualquer título, veículo destinado ao transporte de mercadorias;
- b) **uma mesma pessoa fizer parte de ambas, na qualidade de diretor ou sócio** em funções de gerência, ainda que exercida sobre outra denominação. (Grifou-se)

Conforme informações trazidas pelo Fisco, constantes da base de dados da Receita Federal (Serpro), o Sr. Douglas Pezzi, figura como sócio administrador da Afylife, no período de 26/01/12 a 28/05/18, e como sócio administrador da Shpy, no período de 03/02/12 e 28/05/18.

Assim sendo, restou configurada a interdependência entre as citadas empresas, no período de 01/10/17 até 28/05/18 (parte do período autuado), nos termos da alínea “b” do § 18 da Lei nº 6.763/75, acima transcrito.

Entretanto, cabe mais uma vez destacar que o fundamento das exigências fiscais não é a relação de interdependência entre as empresas, mas o recolhimento a

menor do ICMS/ST, pela Autuada remetente, em razão da utilização de base de cálculo menor do que a prevista na legislação, por utilizar preços de mercadorias nas vendas a empresa mineira, notoriamente inferiores aos praticados com outros clientes, também mineiros.

O objetivo do Fisco, ao apresentar o quadro societário das empresas “Afyllife”, “Shpy” e “Light” foi demonstrar que elas agiram, em conjunto com objetivos comuns, para a emissão de documentos fiscais (vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária), consignando base de cálculo menor, de modo a suprimir o recolhimento do ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais.

Nesse ponto, merece destacar que foi constatado que o Sr. Douglas Pezzi dos Santos, sócio-administrador da Autuada (**Afyllife**), foi presidente da empresa **Light** até 26/09/17, e sócio-administrador da empresa **Shpy** até 28/05/18, bem como sócio da empresa **88 Negócios** (a partir de 25/09/17) e da **Golden NYX**, até 12/01/21. O sócio, citado pela Defesa, como responsável por administrar a “Shpy”, Rafael Magro foi sócio da “Afyllife” até 12/12/17 e da “Shpy” até 28/05/18.

Observa-se que, no período posterior a de 28/05/18, a Holding “88 Negócios” faz parte do quadro societário de ambas as empresas “Afyllife” e “Shpy”, ou seja, continuam sendo administradas pelo mesmo sócio.

A empresa Light Enginee Iluminação S/A, localizada na cidade de Caxias do Sul, é a detentora do IP 177.220.247.10, do qual foram emitidas 25,9% do total das notas fiscais eletrônicas de venda **empresa mineira “Shpy”**.

Não resta dúvida que a empresa mineira, destinatária das mercadorias, também é gerida pelos sócios da “Afyllife”, remetente das mercadorias. Inclusive, os Impugnantes admitem que foram constituídas as duas empresas pelo sócio Douglas Pezzi dos Santos, uma para importar artefatos de iluminação dotados da tecnologia LED e a outra, para atuar no comércio atacadista de produtos elétricos diversos.

Os Impugnantes alegam que as provas produzidas pelo Fisco sobre as quais afirma que as empresas envolvidas (remetente e destinatária), utilizavam o mesmo IP para emissão de seus documentos fiscais, não seriam provas hábeis ao fim pretendido.

Alegam que a fonte de dados utilizada pelo Fisco (site <https://ipinfo.io>) se trata de site estrangeiro e não oficial (site comercial), sem a menor confiabilidade e que, ao realizar o acesso, em 28/09/22, obteve para alguns IPs, resultados diversos, ou seja, foram encontrados outros municípios para alguns, como por exemplo, o IPs 189.2.158.130 ao invés de Curitiba/SC, agora se tem Blumenau/SC, e o IP 201.3.1288.174, antes em Caxias do Sul/RS, agora em Camaquã/RS.

Por seu turno, o Fisco apresenta os seguintes esclarecimentos sobre o procedimento adotado para identificação dos IPs dos equipamentos responsáveis pela emissão dos documentos fiscais, ora discutidos:

Não existe emissão de NFe sem o IP que identifique o endereço do computador que a solicitou, pois caso contrário seria impossível as respectivas Secretarias de Fazenda autorizarem as suas emissões e respectivas homologações, o mesmo acontecendo com a recepção

das NFe quando direcionadas a outros estados, sendo necessário nesse caso, o aceite da NFe pela Secretaria da Fazenda do destinatário.

No caso em tela, quando o contribuinte remetente, localizado no estado do Rio Grande do Sul, emitiu uma NFe direcionada a um contribuinte localizado no estado de Minas Gerais, a Secretaria de Estado de Minas Gerais, promoveu a recepção dessa NFe com todos os campos autorizados pela Secretaria de Fazenda do Rio Grande do Sul, sendo o endereço do IP um deles.

Coube desse modo, à Superintendência de Tecnologia de Informação da SEF MG, órgão responsável pela autorização, homologação e recebimento das NFes emitidas e recebidas por contribuintes mineiros, a extração desses dados conforme sua declaração em anexo, folhas autos 189 a qual abaixo parcialmente transcrevemos:

“Sob termos dos autos de infração AI números 01.002326795-74, 01002338059-48 e 01.002340272-99, declaramos que a partir do armazenamento do IP que realiza a conexão com nossos servidores no momento do envio da NF-e, foram registrados os **endereços listados na planilha em anexo no período de 01/2017 a 12/2020**, conforme listagem de chaves de acesso.”

"IP" é a sigla em inglês para "protocolo de internet". O endereço do IP, ou Protocolo de Internet, é um número atribuído a cada aparelho eletrônico (PC, celular, tablet, console de videogame etc.) conectado a uma rede de internet, sendo único, porém dinâmico: não existem dois terminais na web com o mesmo número ao mesmo tempo, não existindo uma relação fixa entre endereço de IP e uma pessoa ou um local, mas sim ao provedor de internet que atribuiu aquele endereço eletrônico àquele dispositivo eletrônico pois ele é o responsável por endereçar e encaminhar os pacotes que trafegam pela rede mundial de computadores garantindo que as mensagens cheguem aos seus destinatários.

Cada país possui sua própria autoridade para redistribuir os endereços – no caso do Brasil, é o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br). Dessa forma, é possível estimar uma localização geográfica a partir dos IPs associados a cada equipamento através de sites de busca de IPs disponíveis na internet.

Exemplificando temos que uma empresa ao emitir uma NFe essa fica vinculada ao endereço do IP do computador que a emitiu, e a homologação pela respectiva Secretaria de Estado da Fazenda se dará através da autorização da NFe destinada àquele mesmo endereço de IP.

Consta da planilha produzida pela Superintendência de Tecnologia da Informação da SEF – STI (amostragem às fls. de fls. 190/199) a relação das notas fiscais emitidas, no período de 01/2017 a 12/2020, **pela Afylife Comércio de Material Elétrico**, ora autuada, **e pela Shpy Comércio de Material Elétrico**, ora coobrigada, por amostragem (planilha completa no CD de fls. 48), constando o endereço de IP **que realiza a conexão com os servidores da SEF/MG**, no momento que realiza o envio das NF-es (IP 177.220.247.10), **cujo detentor é a “Light S/A”**, localizada no estado do Rio Grande do Sul.

Portanto, comprovado pelo Fisco que as empresas envolvidas emitem notas fiscais pelo mesmo endereço de IP (mesmo equipamento).

Por oportuno, traz-se os argumentos do Fisco sobre as alegações dos Impugnantes, aos quais se filia esta Câmara:

Em Relação ao Endereço dos IPs

Através de consulta no site <https://ipinfo.io>, na data de abril de 2021, vide Tabela 1 abaixo, identificamos as localizações geográficas dos endereços de IP de todas as NFes emitidas pelas empresas envolvidas na comercialização, remetente e destinatária, a saber; autuada e coobrigada; Afylife e Shpy, localizadas nos estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais respectivamente onde resta concluso que:

1. 100% das NFes emitidas pelo contribuinte mineiro, SHPY, não foram emitidas em Minas Gerais; **(fato não questionado pelas impugnantes)**
2. 26% das NFes emitidas pelo contribuinte mineiro foram emitidas no mesmo computador que emitiu as NFes do contribuinte gaúcho cujo IP é o IP: 177.220.247.10; **(fato não questionado pelas impugnantes)**
3. Que o IP 177.220.247.10 pertence ao domínio da empresa LIGHT S/A; **(fato não questionado pelas impugnantes)**
4. Que a empresa LIGHT S/A não faz parte da relação comercial deste PTA, não é nem a remetente, nem a destinatária das mercadorias; **(fato não questionado pelas impugnantes)**
5. Que 74% das NFes emitidas pelo contribuinte mineiro foram emitidas no computador cujo IP é o IP

189.2.158.130; **(fato não questionado pelas impugnantes)**

6. Que o IP 177.220.247.10 pertence ao domínio da empresa LIGHT S/A; estava localizado no município de Caxias do Sul RS;

7. Que o IP 189.2.158.130 estava localizado na cidade de Curitiba PR.

No caso em tela, utilizamos o site <https://ipinfo.io> que conforme print de tela do site, se verifica que empresas de renomes internacional (...), utilizam serviços de APIs (Application Programming Interface) e os dados de geolocalização do IPinfo para a localização de IPs eficientes e seguras para seus usuários, comprovando deste modo a confiabilidade no site de busca de geolocalização de IP utilizado.

(...)

Como se conclui, a divergência em relação as cidades questionadas pelas impugnantes não interferem no cerne da questão levantadas pela Fiscalização pois restou comprovada a **emissão de NFe tanto da destinatária, como da remetente no mesmo endereço de IP** (26% das NFes emitidas pelo contribuinte mineiro foram emitidas no mesmo computador que emitiu as NFes do contribuinte gaúcho cujo IP é o IP: 177.220.247.10), **que 100% das NFes emitidas pelo contribuinte mineiro, SHPY, não foram emitidas em Minas Gerais.**

Restaram as impugnantes se atentaram somente ao fato de que fazendo uma busca pelos endereços geográficos dos respectivos IPs, esses se encontram em outras cidades diversas das localizadas à época, porém todas no estado do Rio Grande do Sul e tentaram desqualificar o site buscador de endereços geográficos de IP utilizado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, o que ficou comprovado a sua excelência conforme relatado acima.

(Destaques do Fisco)

Diante do exposto, não lograram êxito, os Impugnantes, em afastar a acusação fiscal de que as empresas que compõem o polo passivo são gerenciadas pelas mesmas pessoas, inclusive realizam, por meio de terceira empresa, também gerida pelas mesmas pessoas, a emissão das notas fiscais dessas empresas.

Vale frisar que o subfaturamento encontra-se comprovado não pelo fato da utilização do mesmo IP pelas empresas para emissão de documentos fiscais, mas, sim, pela utilização de preço nas operações realizadas com a “Shpy” notoriamente inferior ao preço praticado com as mesmas mercadorias nas remessas para demais contribuintes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

neste Estado, conforme demonstrado na Tabela 1 – Comparativo entre os preços das mercadorias destinadas à empresa SHPY e a demais contribuintes em MG.

Noutra toada, alegam os Impugnantes que a Fiscalização tenta adotar premissas para induzir a uma determinada conclusão, qual seja, a suposta existência de empresas interdependentes.

Aduzem que, no tocante à interdependência, essa ocorre quando uma pessoa faz parte de ambas as sociedades envolvidas na relação comercial, na qualidade de sócio-administrador (art.13, § 18, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 6.763/75).

E que, caso se entenda pela existência de interdependência entre a “Afylyfe” e a “Shpy”, por força da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 198/09, não haveria que se falar em recolhimento de ICMS/ST sobre operações de empresas interdependentes.

Esclarecem que, nesse caso, a “Afylyfe”, por se tratar de empresa voltada à importação de mercadorias, por força do art. 9º do Decreto nº 7.212/10, por ser estabelecimento importador, equipara-se à estabelecimento industrial.

Sustentam que nos termos do § 3º da cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 198/09, a transferência promovida entre estabelecimentos interdependentes não estaria sujeita à incidência do ICMS/ST.

Asseveram que a “Afylyfe” recolheu ICMS/ST na condição de substituta tributária, portanto, a exação já foi integralmente recolhida aos cofres públicos tanto, do estado de Minas Gerais, quanto do estado do Rio Grande do Sul, não importando se foi aplicada indevidamente a sistemática da substituição tributária progressiva, não tendo sido comprovado pelo Fisco, prejuízo aos cofres públicos.

Aduzem que *“se as empresas impugnantes cuidar-se-iam de empresas “interdependentes”, o Fisco estadual, desconsiderando o ICMS-ST já havia disso recolhido na operação, determinando nova incidência sobre o preço de saídas da empresa Mineira, não poderia ocorrer o “refazimento do ICMS-ST”, uma vez que a legislação proíbe a sistemática da substituição tributária no caso de empresas interdependentes”*.

Concluem que os Convênios ICMS, bem como o próprio Regulamento do ICMS mineiro, obstam a utilização da técnica de substituição tributária nas operações que envolvam as mercadorias elencadas em seu Anexo XV, caso constatada a interdependência das empresas, devendo ser desconstituído o presente lançamento.

Mais uma vez, não lhes cabe razão.

Insta, primeiro, trazer as disposições do Protocolo ICMS nº 198/09, citado pela Defesa, que no seu entender, obstaria o recolhimento do ICMS/ST sobre operações de empresas interdependentes.

Referido Protocolo dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais elétricos, redação vigente no período autuado, do qual os estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul eram signatários. Destaca-se o § 3º da cláusula segunda, citado pelos Impugnantes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Protocolo ICMS nº 198/09

Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados de Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul ou Santa Catarina, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Cláusula segunda O disposto neste protocolo não se aplica:

I - às transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista;

(...)

§ 1º Na hipótese desta cláusula, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, devendo tal circunstância ser indicada no campo "Informações Complementares" do respectivo documento fiscal.

(...)

§ 3º da cláusula segunda acrescentado pelo Prot. ICMS 202/12, efeitos a partir da data prevista em Decreto do Poder Executivo até o prazo final de 30.06.22.

§ 3º Em substituição ao disposto no inciso I, o disposto neste Protocolo não se aplica às operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes e às transferências, que destinem mercadorias a estabelecimento de contribuinte localizado nos Estados do Paraná ou do Rio Grande do Sul, exceto se o destinatário for exclusivamente varejista. (Grifou-se)

Observa-se que, no tocante às mercadorias relacionadas no Anexo único do Protocolo ICMS nº 198/09 (Capítulo 12 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), não se aplica a substituição tributária, às transferências promovidas por industrial para outro estabelecimento de mesma pessoa jurídica ou às operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes e às transferências, que destinem mercadorias a estabelecimento de contribuinte **localizado nos Estados do Paraná ou do Rio Grande do Sul**, exceto se o destinatário for exclusivamente varejista.

No caso em discussão, primeiro, cabe esclarecer que as operações autuadas **não são transferências** entre estabelecimentos de **mesma pessoa jurídica**, não se aplicando, portanto, o inciso I da cláusula segunda, acima transcrito. Tampouco são operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes, cujas mercadorias

foram destinadas à **contribuintes localizados nos estados do Paraná ou Rio Grande do Sul**, as quais não se aplica a substituição tributária, conforme previsto no § 3º da mesma cláusula segunda.

Oportuno destacar que na legislação mineira não há previsão de não aplicação da substituição tributária às operações entre empresas interdependentes para os **materiais elétricos**, previsto no Protocolo ICMS nº 198/09 (Capítulo 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02).

Confira-se o disposto no inciso VIII do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, vigente a partir de 01/01/18:

Das Hipóteses de Inaplicabilidade da Substituição Tributária

Art. 18. A substituição tributária de que trata esta Seção não se aplica:

(...)

VIII - às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes, **conforme previsão em dispositivos específicos da legislação tributária mineira.** (Grifou-se).

Insta esclarecer que a decisão da 1ª Câmara Cível do TJMG no sentido de que “o RICMS obsta a utilização da técnica de substituição tributária nas operações que envolvam as mercadorias elencados no Anexo XV, caso constatada a interdependência das empresas”, trazida pela Defesa, refere-se a mercadorias, em que há previsão expressa no Anexo XV do RICMS/02 para a inaplicabilidade da substituição tributária nas operações realizadas entre empresas interdependentes, no caso, as mercadorias relacionadas no Capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV (Cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas). Confira-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - PREVENÇÃO - ART. 79 DO RITJMG - CONEXÃO - INOCORRÊNCIA - EMPRESAS INTERDEPENDENTES - ICMS-ST - IMPOSSIBILIDADE.

1. PARA QUE SEJA APLICADO O DISPOSTO NO ART. 79 DO RITJMG HÁ DE SER CONSTATADA A OCORRÊNCIA DOS INSTITUTOS DA CONEXÃO OU DA CONTINÊNCIA.

2. SÃO CONSIDERADAS INTERDEPENDENTES EMPRESAS QUE TENHAM O MESMO SÓCIO COM FUNÇÕES DE GERÊNCIA, AINDA QUE POSSUAM DIFERENTES DENOMINAÇÕES.

3. O RICMS OBSTA A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES QUE ENVOLVAM AS MERCADORIAS ELENCADAS EM SEU ANEXO XV, CASO CONSTATADA A INTERDEPENDÊNCIA DAS EMPRESAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.18.070481-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE: F'NA E-OURO GESTAO DE FRANCHISING E NEGOCIOS LTDA - AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS.

(...)

MÉRITO

PRETENDE A ANULAÇÃO DA AUTUAÇÃO FISCAL QUE CONSIDEROU A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE A RECORRENTE E OUTRAS EMPRESAS, O QUE ENSEJOU A COBRANÇA DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIAS EM FACE DA DESTINATÁRIA DAS MERCADORIAS - NO CASO, A RECORRENTE -, PORQUANTO INAPLICÁVEL O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

CONFIRA-SE O QUE DISPÕE A PARTE I DO ANEXO XV DO RICMS/02:

ART. 47. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELATIVA ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES COM AS MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELACIONADAS NO CAPÍTULO 3, COM ÂMBITO DE APLICAÇÃO 3.1, NA PARTE 2 DESTES ANEXOS, NÃO SE APLICA NAS OPERAÇÕES ENTRE ESTABELECIMENTOS DE EMPRESAS INTERDEPENDENTES, EXCETO VAREJISTAS, HIPÓTESE EM QUE A RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RECAIRÁ SOBRE O ESTABELECIMENTO QUE PROMOVER A SAÍDA DA MERCADORIA COM DESTINO A OUTRO CONTRIBUINTE.

NO SUPRAMENCIONADO DIPLOMA HÁ AINDA A CONCEITUAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA. TRANSCREVO-O:

ART. 222. PARA OS EFEITOS DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO:

IX - CONSIDERAM-SE INTERDEPENDENTES DUAS EMPRESAS, QUANDO:

A) UMA DELAS, POR SI, SEUS SÓCIOS OU ACIONISTAS, OU RESPECTIVOS CÔNJUGES OU FILHOS MENORES, FOR TITULAR DE MAIS DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO CAPITAL DA OUTRA, OU UMA DELAS LOCAR OU TRANSFERIR A OUTRA, A QUALQUER TÍTULO, VEÍCULO DESTINADO AO TRANSPORTE DE MERCADORIAS;

B) UMA MESMA PESSOA FIZER PARTE DE AMBAS NA QUALIDADE DE DIRETOR OU SÓCIO COM FUNÇÕES DE GERÊNCIA, AINDA QUE EXERCIDAS SOB OUTRA DENOMINAÇÃO.

NO CASO CONCRETO, APUROU-SE QUE A RECORRENTE E A LEYROZ DE CAXIAS INDÚSTRIA E COMERCIO & LOGÍSTICA LTDA. SERIAM GERENCIADAS PELO MESMO SÓCIO-ADMINISTRADOR, O SR. ROBERTO LUIS RAMOS FONTES LOPES, O QUE AFASTARIA O RECOLHIMENTO DO ICMS SOB A SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

(...)

AUSENTES OS REQUISITOS ESSENCIAIS À CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, NA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 300, DO NCPC, A MANUTENÇÃO DA DECISÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. RECURSO NÃO PROVIDO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.18.017276-9/001, REL. DES. ARMANDO FREIRE, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 31/07/18, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 02/08/2018.) (DESTAQUES ACRESCIDOS)

Registre-se que as outras decisões judiciais trazidas pela Defesa, trata-se também da mesma matéria (interdependência entre as empresas remetente e destinatária, em relação às mercadorias listadas no capítulo 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, previsão no art. 47 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02).

Não condiz com a verdade a afirmativa da Defesa de que não houve prejuízo ao Erário Mineiro, uma vez que a remetente, substituta tributária, teria sido recolhido integralmente o imposto aos cofres públicos tanto, do estado de Minas Gerais, quanto do estado do Rio Grande do Sul.

Como restou demonstrado pelo Fisco, a Autuada, utilizou, nas vendas realizadas com a “Shpy”, valores inferiores aos praticados com as mesmas mercadorias, no mesmo período, para outros clientes, ou seja, adotou base de cálculo do ICMS/ST a menor do que a prevista na legislação.

As Impugnantes alegam que, conforme se verifica da planilha “NFe Afylife Tot PTA 02”, disponibilizada pela Fiscalização, todas as supostas vendas com preço “muito superior ao praticado” ocorreram para um mesmo contribuinte (Loja Elétrica Ltda). E que, não haveria comparativos de preços com outros contribuintes, o que seria imprescindível para comprovar a prática de subfaturamento. E que a determinação dos preços é influenciada pelo volume de vendas, a forma de pagamento, dentre outros fatores, e que cada relação entre cliente e fornecedor possui condições próprias, específicas e, por vezes, exclusivas.

Por outro lado, esclarece o Fisco que a alegação quanto ao comparativo de preços praticados com outros estabelecimentos é equivocada. Confira-se:

O presente Auto de Infração abrange o período de 01/10/2017 a 30/09/2018, **período o qual a autuada Afylife comercializou somente com a empresa coobrigada Shpy e com a Loja Elétrica Ltda.** Os preços de venda da coobrigada Shpy para contribuintes varejistas e atacadistas no estado de Minas Gerais são similares aos preços praticados de venda da autuada Afylife para a Loja Elétrica. **Os preços praticados com a empresa Loja Elétrica são em média 333% (trezentos e trinta e três por cento) maiores que os praticados com a empresa coobrigada Shpy.**

(...)

Restou comprovado que a empresa coobrigada emitiu suas NFe de vendas inclusive no mesmo computador que a empresa remetente autuada, que a empresa coobrigada, possui os mesmos códigos de mercadoria para os mesmos produtos que a empresa remetente, cremos sim ter havido condições diferenciadas de

“negociações comerciais” de modo a subfaturar a BC ICMS ST restando um imposto a menor a pagar para com o estado de Minas Gerais.

Como se vê, em que pese a alegação da Impugnante, não poderia o Fisco, comparar os valores dos preços praticados com outros contribuintes, simplesmente porque não houve vendas para outros clientes, além da Loja Elétrica, no período atuado.

Insta mais uma vez destacar que a base de cálculo do ICMS/ST nas saídas da empresa “Afylife” para o referido contribuinte mineiro **é em média 333% maior que a base de cálculo para a mesma mercadoria destinada ao contribuinte “Shpy”**.

Para apuração do valor devido a título de ICMS/ST, a Fiscalização adotou o preço médio praticado pela SHPY, apurado conforme demonstrado na Planilha “DCT AFYLIFE PTA 01”, por se tratar do valor que melhor se aproxima do real preço das mercadorias, com fundamento no § 4º do art. 54 do RICMS/02, observando-se a previsão do Anexo XV do RICMS/02 sobre a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributário, aplicável ao caso em discussão:

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:

Efeitos de 1º/01/2016 31/12/2018 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 19, III, ambos do Dec. nº 46.931, de 30/12/2015:

“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;”

Verifica-se que, para apuração da base de cálculo do ICMS/ST, foi utilizada a MVA Ajustada, com base no § 5º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, cujos percentuais da MVA original, vinculados à NCM, são aqueles constantes dos Capítulos 9, 12 e 21 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Vale destacar que, para a apuração do ICMS/ST devido, o Fisco apurou o ICMS devido pela operação própria do remetente, considerando o preço real das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias, e abateu o valor do ICMS/ST, conforme previsto no art. 20 da parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

Diante do exposto, não merece reparo o trabalho fiscal.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “b”, c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

Lei nº 6.763/75

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

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

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

Registre-se que a Multa Isolada exigida, no valor de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença de base de cálculo do ICMS/ST apurada, foi adequada ao limite estabelecido no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (limitador máximo da multa isolada – duas vezes o imposto da operação própria incidente na operação), conforme demonstrado às fls. 20/21 do Auto de Infração.

Não cabe razão à Defesa quando alega que as penalidades aplicadas (multas de revalidação e isolada), penalizam as mesmas condutas, quais sejam, “o suposto “subfaturamento”, cuja consequência é a não-retenção decorrente da substituição tributária (multa de revalidação), feita através de documento fiscal inidôneo (multa isolada)”, o que caracterizaria o *bis in idem*.

Com efeito, a multa prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do recolhimento a menor de ICMS efetuado pela Autuada, sendo agravada por se tratar de operação sujeita a substituição tributária, nos termos do § 2º do mesmo artigo. Já a multa capitulada no art. 55 da citada lei (Multa Isolada), inciso VII, alínea “b” foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, emendada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR) (GRIFOU-SE)

Assim, reiterando, a ausência de recolhimento integral da obrigação principal sujeita o contribuinte à penalidade moratória, prevista no art. 56 da Lei nº 6.763/75, e, existindo ação fiscal, a pena prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Por outro lado, ao descumprir a norma tributária, ocorre o inadimplemento pelo contribuinte de obrigação tributária acessória, sujeitando-se o infrator à penalidade prevista no art. 55 da mencionada lei.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto à alegação de que as multas impostas são confiscatórias, conveniente destacar que os valores exigidos são decorrentes de disposição expressa em lei, que determina os percentuais a serem aplicados sobre a base de cálculo estabelecida, não cabendo ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Os Impugnantes defendem a impossibilidade de aplicação da taxa Selic aos débitos ora exigidos, como juros de mora, superior a 1% (um por cento), visto que limitados pelo art. 161 do CTN.

Entretanto, a utilização da Taxa Selic para cálculo dos juros moratórios devidos, encontra-se respaldada no art. 161 do CTN, e nos arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75.

Sobre o tema, averbe-se, de início, que o CTN autoriza a adoção de outros percentuais, sendo o índice de 1%, mencionado no art. 161, 1º, aplicável na falta de estipulação em contrário.

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (Grifou-se).

Em Minas Gerais, o art. 226, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 6.763/75, permite que os juros de mora sejam “obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais”.

Lei n.º 6.763/75

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei n.º 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal n.º 9.430/96 prevê tal imposição, *in verbis*:

Lei n.º 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

Lei n.º 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

No âmbito da regulamentação dada à matéria pela legislação ordinária, cita-se, ainda, os arts. 2º e 3º da Resolução SEF n.º 2.880/97, que disciplinaram o assunto:

Resolução SEF n.º 2.880/97

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Art. 3º Os juros de mora, ressalvada a hipótese do artigo 5º, serão calculados no momento do pagamento do crédito tributário.

Os cálculos dos juros moratórios realizados pelo Fisco estão de acordo com o arcabouço jurídico acima apresentado e por isso, não merecem qualquer reparo.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento que negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (Ag Int no AREsp nº 908.237/SP – 2016/0105143-6), publicado em 24/10/16, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais:

EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. RECURSO REPETITIVO. MULTA.

1. "A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DA LEI 9.065/95" (RESP 1.073.846/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/12/2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73).

Sujeição Passiva

Vale destacar que o estabelecimento destinatário das mercadorias, Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda, responde pelo crédito tributário, em face do disposto no art. 15 do Anexo XV do RICMS/02 (art. 22, §18 da Lei nº 6.763/75), uma vez que a remetente, sujeito passivo por substituição, efetuou retenção a menor do imposto.

No caso em comento, foi eleita para o polo passivo da presente autuação, a empresa Shpy Comércio de Material Elétrico Ltda (CNPJ 14.995.009/0001-94), estabelecimento Matriz, localizado em Navegantes/SC, uma vez que o estabelecimento mineiro se encontra baixado, com fulcro no ar. 124, inciso I do CTN c/c o art. 24 § 2º da Lei nº 6.763/75.

Assim dispõe o art. 24 da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

Art. 24. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e

importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

(...)

§ 2º Todos os estabelecimentos do mesmo titular serão considerados em conjunto, para efeito de responder por débito do imposto, acréscimos de qualquer natureza e multas.

Registre-se que a autonomia dos estabelecimentos tem relevância para atividade de apuração do imposto devido e, especialmente, para a identificação do sujeito ativo a quem esse tributo deverá ser pago. Entretanto, tal princípio tributário não afasta a unidade patrimonial da empresa para fins de responder pelos tributos devidos por todas as suas filiais.

Foi também incluído no polo passivo da autuação o sócio-administrador da Autuada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, pelos atos praticados, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS.

Os Impugnantes alegam que não houve a individualização da conduta do sócio para caracterização da responsabilidade tributária, como previsto no art. 135, inciso III do CTN.

Alegam que não consta do Auto de Infração quais as condutas perpetradas pelo sócio, tendo o Fisco, em seu relatório fiscal feito uma abordagem genérica de “*existência de relação íntima entre as empresas AFYLIFE e SHPY, uma vez que os diretores e presidentes dessa foram ou são sócios das demais*”.

Afirmam que não há demonstração das hipóteses dos arts. 124, inciso I e art. 135, inciso III, ambos do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Defendem que “*ainda que fosse verdade a existência de grupo econômico, era imprescindível que a Fiscalização demonstrasse a ocorrência de abuso de poder e de personalidade jurídica*”, o que não se verificaria no Auto de Infração.

Traz jurisprudência que entende corroborar seus argumentos (do CARF e do CCMG – Acórdão nº 22.981/21/2ª).

Entretanto, não cabe razão à Defesa.

O art. 121, parágrafo único, II do CTN prevê que o responsável tributário é sujeito passivo da obrigação principal, cuja obrigação decorre de disposição expressa da lei, sem que o mesmo tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador.

Por outro lado, o art. 124, inciso II do CTN prescreve que “*são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei*”. Dos ensinamentos do Mestre Hugo de Brito Machado, veja-se:

“Diz o CTN que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art.

124, inc. I) e também as pessoas expressamente designadas por lei (art. 124, inc. II).

As pessoas com interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.

Também são solidariamente obrigadas as pessoas expressamente designadas por lei, isto é, a lei pode estabelecer a solidariedade entre pessoas que não tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador do tributo. Se há interesse comum, a solidariedade decorre do próprio Código Tributário Nacional. Independe de dispositivo da lei do tributo. Se não há interesse comum, a existência de solidariedade depende de previsão expressa da lei do tributo. ”

(Machado, Hugo de Brito – Curso de Direito Tributário – 28ª Edição – Malheiros Editores – fl. 174)

A inclusão do sócio-administrador como responsável Coobrigado pelo crédito tributário ora discutido, baseou-se na previsão legal estabelecida no art. 135, inciso III, do CTN, e no art. 21 § 2º, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, confira-se:

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 n.º 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. (Grifou-se).

No caso dos autos, vê-se que há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Induvidoso, no caso, que o sócio-administrador tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que a prática de subfaturamento, acusação fiscal em exame, caracteriza a intenção de fraudar o Fisco mineiro e fundamenta a inclusão dele para o polo passivo da obrigação tributária.

Cabe esclarecer que, no caso tratado no citado Acórdão nº 22.981/21/2ª, a própria Fiscalização excluiu o sócio do polo passivo da autuação.

ACÓRDÃO: 22.981/21/2ª

EMENTA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O ART. 135, INCISO III DO CTN ATRIBUI RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA A SÓCIO-GERENTE DE PESSOA JURÍDICA PELOS ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO DE LEI. TODAVIA, PARA QUE HAJA ESTA RESPONSABILIZAÇÃO, É NECESSÁRIO QUE O SÓCIO SEJA ADMINISTRADOR DE FATO OU DE DIREITO DA SOCIEDADE. NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA DO SÓCIO, EXCLUI-SE O COOBRIGADO BRUNO CALIL NICOLIELLO MOREIRA, DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA 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.

(...)

CUMPRE RESSALTAR QUE O SÓCIO (...) FOI EXCLUÍDO DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIO PELA FISCALIZAÇÃO, CONFORME TERMO DE REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO ÀS FLS. 496/497.

DIANTE DO EXPOSTO, ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CCMG, 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. 496/497. (...) DESTACOU-SE.

Como exposto na ementa, para que haja responsabilização é necessário que o sócio seja administrador de fato ou de direito, o que não ocorria naquele caso.

Entretanto, no caso ora discutido, não há dúvida quanto à condição de administrador do sócio Douglas Pezzi, como demonstram as informações obtidas de consultas ao sistema Serpro da Receita Federal (fls. 27/28).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insta destacar recente decisão deste Conselho de Contribuintes, analisando semelhante matéria, em que ficou consignado a responsabilidade do sócio-administrador:

ACÓRDÃO: 24.062/22/1ª

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.

BASE DE CÁLCULO – CONSIGNADA À MENOR - DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - SUBFATURAMENTO. CONSTATADO QUE A AUTUADA EMITIU NOTAS FISCAIS CONSIGNANDO VALORES INFERIORES AOS EFETIVAMENTE PRATICADOS NAS RESPECTIVAS OPERAÇÕES. INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA. CORRETA AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “A”, C/C § 2º, INCISO I, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, os sócios-administradores respondem solidariamente pelo crédito tributário em análise, pois estes que desempenham funções administrativas e participam das deliberações da empresa.

Correta, portanto, a inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, com base no art. 135, inciso III do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir os pedidos de perícia. 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. Silvério Bouzada Dias Campos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Frederico Augusto Lins Peixoto.

Sala das Sessões, 29 de junho de 2023.

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator

E/D