

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.098/16/2ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000352778-48

Impugnação: 40.010139376-93, 40.010139378-55 (Coob.), 40.010139375-11 (Coob.), 40.010139379-36 (Coob.), 40.010139372-86 (Coob.), 40.010139373-67 (Coob.), 40.010139374-48 (Coob.), 40.010139377-74 (Coob.)

Impugnante: Carvão Minas Grill Eireli
IE: 001090853.00-21
Ana Maria Calegari Torres (Coob.)
CPF: 529.556.056-20
Ebinho Comercio Agropecuário Eireli (Coob.)
IE: 450944450.00-12
Jorge Lopes dos Santos (Coob.)
CPF: 790.355.319-49
Leopoldo Ribeiro Torres (Coob.)
CPF: 526.276.086-49
Marina Pereira Carneiro Bernardes (Coob.)
CPF: 052.361.126-99
WBA Serviços e Transportes - ME (Coob.)
IE: 002314965.00-38
Weber Bernardes de Andrade (Coob.)
CPF: 856.076.306-68

Coobrigado: Laércio Antonio de Andrade
CPF: 301.963.106-87

Proc. S. Passivo: Marcel Ribeiro Pinto/Outro(s)

Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – CORRETA A ELEIÇÃO. Constatada a prática de atos com infração a lei, correta a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, combinado com o art. 21, inciso XII e 21, § 2º, inciso II e § 3º, todos da Lei nº 6.763/75.

BASE DE CÁLCULO – Constatou-se que, em razão de classificação errônea de produto não sujeito à substituição tributária, a Autuada consignou a base de

cálculo do ICMS a menor e não destacou em suas notas fiscais de saída de mercadoria, os valores relativos ao referido imposto. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a multa isolada deve ser excluída por inaplicabilidade à espécie.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS relativo ao produto denominado “Gel Acendedor Brasgrill”, no período de julho de 2014 a julho de 2015, por ter a Impugnante o classificado como produto sujeito ao regime de substituição tributária, quando na verdade, não estava tal produto sujeito a este regime, deixando de recolher o ICMS devido.

Os Coobrigados (pessoas jurídicas e pessoas físicas) foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, combinado com o arts. 21, inciso XII e 21, § 2º, inciso II e § 3º, todos da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Os Coobrigados, Sr. Leopoldo Ribeiro Torres e Sr.^a Marina Pereira Carneiro Bernardes apresentam, tempestivamente, suas Impugnações às fls. 608/616 e 620/625, respectivamente.

As empresas Coobrigadas, WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME e EBINHO COMÉRCIO AGROPECUÁRIO LTDA apresentam, tempestivamente e por seus representantes legais, suas Impugnações às fls. 629/637 e 644/652, respectivamente.

A Autuada e os Coobrigados Weber Bernardes Andrade e Ana Maria Calegari Torres apresentam em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 658/677.

O Coobrigado Jorge Lopes dos Santos, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 689/694.

A Fiscalização comparece aos autos às fls. 712/737 em defesa dos trabalhos desenvolvidos e requer a manutenção integral do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

Os Impugnantes requerem que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhes assiste, pois, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza

das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. 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.

Induidoso que os Autuados 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.

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

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos aos Autuados todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

A Autuada e seus sócios Coobrigados alegam ainda a nulidade do Auto de Infração em razão de o Fisco ter afrontado o direito à inviolabilidade do escritório da empresa, quando da obtenção dos documentos, tendo ingressado de forma arbitrária e leviana em sua sede, e apreendido documentos, em claro abuso do poder de polícia.

Não lhes cabe razão, visto que a ação fiscal procedida junto ao estabelecimento autuado encontra respaldo no Código Tributário Nacional - CTN que, em seu art. 195, assim estabelece:

Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Por sua vez, o art. 42, § 1º, c/c art. 50 da Lei nº 6.763/75 estabelece a apreensão de livros, documentos, bens e objetos vinculados direta ou indiretamente à escrita fiscal e comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária. Veja-se:

Art. 42 - Dar-se-á a apreensão de mercadorias quando:

(...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

A regulamentação do art. 50 está contemplada nos art. 201 a 205 do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais (RICMS/02), publicado pelo Decreto 43.080/02, explicando em detalhes o procedimento a ser adotado, quando da apreensão de documentos, bens e mercadorias em estabelecimentos comerciais.

A apreensão de mercadorias, documentos, papéis, programas e arquivos eletrônicos efetuada no estabelecimento comercial do contribuinte, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária, independe de autorização judicial, conforme preceitua os artigos citados, a seguir transcritos:

Art. 201. Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.

Art. 202. A apreensão será efetuada mediante a lavratura de Auto de Apreensão e Depósito, assinado pelo apreensor, pelo detentor da mercadoria ou do bem apreendidos, ou pelo seu depositário, e, se possível, por 2 (duas) testemunhas.

No caso em tela, a apreensão dos documentos revestiu-se de todos os requisitos exigidos na legislação, sendo devidamente documentada por meio do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 012063 (fls. 02), efetivada no estabelecimento comercial da Autuada.

Há que se frisar, conforme constatado na visita *in loco* à Contribuinte, que o estabelecimento da Autuada não era utilizado como moradia naquela ocasião, sendo, tipicamente, de cunho industrial e comercial.

Corroborando o entendimento acima a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Cível nº. 1.0024.07.461405-8/002):

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. SOMENTE DEPENDEM DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AS APREENSÕES DE DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADAS FORA DAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU QUANDO ESTE FOR UTILIZADO COMO MORADIA. A VERIFICAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS E ARQUIVOS FISCAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, QUE TEM O DEVER DE FISCALIZAR OS CONTRIBUINTES, IMPOR O CUMPRIMENTO DAS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OBRIGAÇÕES FISCAIS, CONTROLAR O RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, COMBATER A SONEGAÇÃO E, ASSIM, RESGUARDAR A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM NÃO PROVIDO.

(NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.07.461405-8/002(1) - NUMERAÇÃO ÚNICA: 4614058-35.2007.8.13.0024).

Mantendo o mesmo entendimento, transcreve-se também outra manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, através do eminente Des. Belizário de Lacerda, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 1.0027.08.176278-6/003:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE DOCUMENTOS EFETIVADA PELO FISCO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - LEGALIDADE - CONDUTA REALIZADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO.

- NOS TERMOS DO ART. 42, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 E ART. 194 E SEQUINTE DO CTN É LÍCITO AOS AGENTES FISCAIS, NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, APREENDER DOCUMENTOS DESTINADOS A COMPROVAR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, NÃO HAVENDO NULIDADE NO ATO DE APREENSÃO QUANDO ESTE SE DÁ MEDIANTE CONCESSÃO DO RECIBO CONTENDO A DESCRIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENDIDOS.

- SOMENTE SE FAZ NECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS QUANDO ESTES NÃO ESTEJAM EM DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL, PRODUTOR OU PROFISSIONAL OU AINDA QUANDO O ESTABELECIMENTO FOR TAMBÉM UTILIZADO COMO MORADIA, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.176278-6/003 - COMARCA DE BETIM - APELANTE(S): SEMD DISTRIBUIDORA DE CALÇADOS LTDA - APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - AUTORID COATORA: DELEGADO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DE BETIM.

Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento por ilicitude das provas, uma vez que a apreensão dos documentos, além de estar expressamente autorizada em lei, ocorreu de forma regular, com o cumprimento de todos os procedimentos previstos na legislação vigente.

Ademais, pessoas jurídicas não podem se valer do direito fundamental do indivíduo, em razão da incompatibilidade da natureza deste direito em relação a uma pessoa artificial, sendo assente o entendimento da doutrina neste sentido:

“De resto, nos limites do teor do Art. 5º, caput, da CF, elas não são titulares de direitos fundamentais. Falta-nos algo como o Art. 12, §2º, da Constituição Portuguesa ou o Art. 19, III, da Grundgesetz alemã a

estender a titularidade a pessoas artificiais de acordo com a natureza do direito supostamente violado. Cf. discussão em Dimolius e Martins, op. cit., p. 97-99”. Grifo nosso.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 288.

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

Do Pedido de Perícia

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

Para tanto formula os quesitos de fls. 675.

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

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

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Tratam os autos da falta de recolhimento do ICMS relativo ao produto denominado “Gel Acendedor Brasgrill”, no período de julho de 2014 a julho de 2015, por ter a Impugnante o classificado como produto sujeito ao regime de substituição tributária, quando na verdade, não estava tal produto sujeito a este regime, deixando de recolher o ICMS devido.

No mérito, a alegação da Impugnante de que o Fiscalização se equivoca ao entender que o produto “Gel Acendedor Brasgrill” não foi corretamente classificado por esta, na NCM/SH 2207.1090, como produto sujeito ao regime de substituição tributária, conforme capítulo 23, item 1.10 (álcool etílico para limpeza) do anexo XV do RICMS/2002, não deve prosperar.

A análise realizada pela Fiscalização acerca da tributação do produto “GEL ACENDEDOR BRASGRILL” implementada pela Contribuinte, constatou, nesse caso, que a Autuada não consignou a base de cálculo do ICMS operação própria e não destacou em suas nas notas fiscais de saída de mercadoria, os valores relativos ao referido imposto.

Esta incorreção deveu-se ao fato de a Contribuinte ter utilizado em suas operações, legislação incorreta, no tocante ao produto acima citado, atribuindo a esta mercadoria a condição de mercadoria sujeita ao ICMS/ST.

Nesta linha incorreta, classificou o produto na NCM/SH 2207.1090 e apontou a CST (Código de Situação Tributária) 060, indicando que o imposto foi recolhido por substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, ao verificar a legislação tributária federal, TIPI (Tabela de Incidência Sobre Produtos Industrializados), que classifica os produtos às suas respectivas NBM ou NCM/SH, constatou que a mercadoria ora em análise classifica-se no capítulo 36 de tal norma, ao se observar a alínea “c” da nota 2, do referido capítulo, sendo, neste caso, a NBC ou NCM/SH 3606.9000, ou seja, produto inflamável, combustível à base de álcool.

O Gel (produto em discussão) é utilizado para se iniciar o fogo em produtos como carvão, em locais como por exemplo churrasqueiras, lareiras, entre outros, fato não trazido na impugnação, limitando-se o questionamento da Autuada à alínea “b” da mesma nota, de produtos até 300 ml ou 300 cm³.

A seguir, transcreve-se tal capítulo:

Capítulo 36:

Pólvoras e explosivos; artigos de pirotecnia; fósforos; ligas pirofóricas; matérias inflamáveis

Notas.

1.- O presente Capítulo não compreende os produtos de constituição química definida apresentados isoladamente, exceto, porém, os indicados nas Notas 2 a) ou 2 b) abaixo.

2.- Na acepção da posição 36.06, consideram-se “artigos de matérias inflamáveis”, exclusivamente:

a) O metaldeído, a sólido ou pastoso; hexametenotetramina e os produtos semelhantes, apresentados em tabletes, pastilhas, bastonetes ou formas semelhantes, que se destinem a ser utilizados como combustíveis, bem como os combustíveis à base de álcool e os combustíveis preparados semelhantes, apresentados no estado sólido ou pastoso

b) Os combustíveis líquidos e combustíveis gasosos liquefeitos, em recipientes dos tipos utilizados para carregar ou recarregar isqueiros ou acendedores, com capacidade não superior a 300 cm³;

c) Os archotes e tochas de resina, as acendalhas e semelhantes.

NCM	DESCRIÇÃO	ALÍQUOTA (%)
3601.00.00	Pólvoras propulsivas.	25
3602.00.00	Explosivos preparados, exceto pólvoras propulsivas.	20
	Ex 01 - À base de poliacóis (dinamite); outros explosivos preparados com efeito equivalente ao da dinamite	5
3603.00.00	Estopins e rastilhos, de segurança; cordéis detonantes; fulminantes e cápsulas fulminantes; escorvas; detonadores elétricos.	20
36.04	Fogos de artifício, foguetes de sinalização ou contra o granizo e semelhantes.	

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

	bombas, petardos e outros artigos de pirotecnia.	
3604.10.00	- Fogos de artifício	30
3604.90	- Outros	
3604.90.10	Foguetes e cartuchos contra o granizo e semelhantes	10
3604.90.90	Outros	30
	Ex 01 - Foguetes e artigos semelhantes para sinalização	10
3605.00.00	Fósforos, exceto os artigos de pirotecnia da posição 36.04.	0
36.06	Ferrocério e outras ligas pirofóricas, sob quaisquer formas; artigos de matérias inflamáveis indicados na Nota 2 do presente Capítulo.	
3606.10.00	- Combustíveis líquidos e combustíveis gasosos liquefeitos, em recipientes dos tipos utilizados para carregar ou recarregar isqueiros ou acendedores, com capacidade não superior a 300 cm ³	20
3606.90.00	- Outros	20

A definição de acendalha, em dicionário *on line* é: “Acendalha é o nome que se dá a um material facilmente inflamável usado para iniciar o fogo mais facilmente”, comumente usado para acender fogo em lareiras, churrasqueiras e etc.

Diante do exposto, fica latente a incorreção na classificação fiscal implementada pela Contribuinte em suas operações com o produto “GEL ACENDEDOR BRASGRILL”.

Com base na análise da citada tabela TIPI, o Fisco constatou que o produto em discussão se enquadra na NBM/SH 3606 e, conseqüentemente, conforme legislação tributária mineira, não se sujeita ao ICMS/ST.

Ressalta-se que a sujeição de qualquer mercadoria ao regime de substituição tributária está condicionada à implementação de duas condições: a classificação no código NBM/SH citado na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 e o enquadramento na descrição nela consignada.

O produto “Gel Acendedor Brasgrill” não satisfaz a nenhuma das duas situações acima mencionadas, primeiro pelo fato de que o produto da NBM/SH 2207.1090 é o quadro como produto de limpeza (álcool etílico para limpeza).

E ainda, considerando a descrição do produto, conforme definição da fabricante, citando, por exemplo, na Nota Fiscal nº 838.835, de 16/11/15, trazida aos autos pela própria Impugnante (fls. 686). Confira-se:

“GEL ACENDEDOR BRASGRILL 12X500G – NOME EMBARQUE: **SÓLIDO INFLAMÁVEL ORGANICO**, N.E. / ONU 1325 / RISCO 40 / GE II / OFC8D9BA-F4FE-4A1D-C4A2CB98417”

Veja-se que o próprio fabricante alega em correspondência enviada à Impugnante (fls. 684), que o produto é considerado líquido e, estranhamente, a descrição do produto provavelmente para efeito de embarque/risco, segurança, etc, denomina-o como sólido.

Também é interessante notar que a unidade de medida apresentada pelo industrial é quilogramas (500g – quinhentos gramas), medida usualmente para sólidos e não miligramas ou centímetros cúbicos, usualmente para produtos líquidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, a despeito de todos os argumentos atinentes à composição química e estado físico do produto apresentados pela Autuada, deve-se considerar que o apelo comercial por ela utilizado para venda do seu produto parte da premissa de que o mesmo é um carburante utilizado como combustível para o acendimento de churrasqueiras.

Com tal subterfúgio, consegue atribuir a seu produto um valor comercial várias vezes superior ao do álcool gel definido como produto de limpeza.

Não seria, portanto, correto permitir que a empresa, para supervalorizar comercialmente seu produto, se utilize de uma premissa para classificação, e venha a se valer de outra para suprimir ou reduzir a carga ou incidência tributária.

Diante do acima disposto, conclui-se, ao confrontar a NBM/SH 36.06 (que é a classificação correta do produto objeto da autuação, com observância das diretrizes acima citadas em relação ao anexo XV do RICMS/02), que o código do produto não está citado no referido Anexo e que não existe descrição deste tipo de mercadoria na mesma legislação. Assim sendo, o produto não está sujeito ao regime de substituição tributária.

Noutro giro, é importante considerar que, ao utilizar o enquadramento equivocado da mercadoria, o fabricante aplica uma Margem de Valor Agregado – MVA de 35% (trinta e cinco por cento), o que causa uma redução do imposto a pagar.

Ao se visualizar as vendas deste mesmo produto para outra empresa revendedora, verifica-se uma margem de lucro superior a 100% (cem por cento), demonstrando, assim, o prejuízo ao Erário ao se aplicar uma base de cálculo menor e, conseqüentemente, um ICMS menor a ser recolhido.

Assim sendo, a Fiscalização constatou neste trabalho, que a autuada deixou de consignar base de cálculo do ICMS, e portanto deixou de recolher R\$ 57.768,68 (cinquenta e sete mil, setecentos sessenta oito reais e sessenta oito centavos) aos cofres públicos mineiro.

O entendimento da Fiscalização da conduta de supressão de tributo está tipificado como crime contra a ordem tributária, nos termos da lei 8.137/90, que ora transcreve-se:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

(...)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Passa-se à análise da sujeição passiva.

O Coobrigado Sr. Leopoldo Ribeiro Torres alega que o simples inadimplemento do crédito tributário não gera responsabilidade pessoal aos sócios.

Contudo, o caso em discussão não se refere a um débito tributário declarado e não pago.

Do crédito tributário em discussão, uma parte é referente à omissão de faturamento e, outra, vinculada à divergência entre valores destacados em documentos fiscais e não informados em DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS).

Analisando a acusação fiscal, verifica-se que o crédito tributário em apreço é oriundo de infração à lei com dolo e excesso de poderes por parte dos gestores da empresa autuada, fato este que legitima sua responsabilização direta.

Afirma também o Coobrigado que era apenas um prestador de serviço e que, portanto, não praticava atos de gerência e que também não assinou nenhuma declaração de “faturamento”.

Entretanto, o fato de o Impugnante não ter assinado o documento de declaração de faturamento é normal dentro de um contexto onde o mesmo é sócio de fato e não de direito, portanto, não poderia assinar e tampouco tal assinatura teria alguma validade perante o destinatário de tal declaração.

Em relação à alegação de ser prestador de serviço, analisando as provas carreadas ao auto de infração, fica evidente sua participação, como sócio de fato do grupo econômico.

No anexo 5 do AI foram anexados documentos probantes da condição de sócio de fato do Sr. Leopoldo, dentre eles, o relatório integrado das empresas Carvão Minas Grill e WBA Serviços e Transporte (confusão patrimonial) emitido mês a mês e denominado “CONTAS PAGAS, de onde se extrai as seguintes saídas de caixa:

1 - mês de janeiro de 2015, com informação de depósito de R\$ 6.154,14 (seis mil, cento e cinquenta e quatro reais e catorze centavos) para o senhor Leopoldo Ribeiro Torres a título de pró-labore;

2 - mês de fevereiro de 2015, com informação de depósitos de R\$ 7.888,00 (sete mil, oitocentos e oitenta e oito reais) para o senhor Leopoldo Ribeiro Torres e no mesmo valor para o senhor Weber Bernardes Andrade, todos no dia 06/02/15, a título de pró-labore, levando a convicção de igualdade societária;

3 - no mesmo relatório acima citado, no dia 20/02/15, existe a informação de uma conta paga/deposito de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em nome do sr. Leopoldo para “compra de dólar” e depósito de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o Sr. Leopoldo cobrir despesas de viagem a São Paulo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4 - mês de março de 2015, depósitos a título de pró-labore no dia 10/03/15, no valor de R\$ 4.968,00 (quatro mil, novecentos e sessenta e oito reais) para o Sr. Leopoldo e no mesmo valor para o Sr. Weber Bernardes Andrade;

5 - mês de abril de 2015, depósitos a título de pró-labore no dia 08/04/15 no valor de R\$ 3.940,00 (três mil, novecentos e quarenta reais) para o Sr. Leopoldo e no mesmo valor para o Sr. Weber Bernardes Andrade;

6 - mês de maio de 2015, depósitos a título de pró-labore no dia 08/05/15 no valor de R\$ 6.246,30 (seis mil, duzentos e quarenta e seis reais e trinta centavos) para o Sr. Leopoldo e no valor de R\$ 6.260,30 (seis mil, duzentos e sessenta reais e trinta centavos) para o Sr. Weber Bernardes Andrade;

7 - mês de junho de 2015, pagamentos diversos para o Sr. Leopoldo e para o Sr. Weber.

Conforme demonstrado, são nítidas a sociedade e a igualdade de direitos dentro do grupo econômico entre o Sr. Weber e o Sr. Leopoldo, que recebem pró-labores em valores iguais e nas mesmas datas.

Nítido também o *animus* de não pagamento de tributo por parte dos gestores do grupo econômico, tendo em vista que a empresa, embora omissa de recolhimento do ICMS no mês de fevereiro de 2015 no valor de R\$ 229.141,00 (duzentos e vinte e nove mil, cento e quarenta e um reais), desvia recursos para compra de dólares, conforme se observa no item 3 supracitado.

Assim, comprovada nos autos a condição do Sr. Leopoldo Ribeiro Torres de sócio de fato do grupo econômico, correta sua eleição como Coobrigado.

Quanto à Coobrigada, Sra Marina Pereira Carneiro Bernardes, comprovada está nos autos sua conduta dolosa enquanto sócia administradora da empresa EBINHO COM. AGROPEC. LTDA, ao permitir confusão patrimonial entre a referida empresa e a Autuada, infringindo todo ordenamento jurídico/tributário/fiscal, nos termos do art. 135 do CTN c/c o art. 21, inciso XII da lei nº 6.763/75.

Assim, correta sua eleição como Coobrigada.

No que se refere à empresa coobrigada WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME, o Fisco esclarece que o endereço das empresas CARVÃO MINAS GRILL e WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME, na prática, é o mesmo, não havendo separação física das empresas.

Na sala onde foi apreendida a documentação constante do AAD 012063, funciona a parte administrativa das duas empresas, sendo que no galpão onde fica o setor de produção da Autuada, todos os trabalhadores estavam registrados em nome da WBA SERVIÇOS.

Formalmente, os endereços divergem apenas na informação “sala 01” e “galpão 01” da Avenida Jose Antonio Pereira, Bairro Industrial, Nova Ponte – MG, demonstrando claramente que se trata de um local único, separando apenas setores de administração e produção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O dono da WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME é o senhor Weber Bernardes Andrade, que também era sócio, até 30/07/15, da empresa EBINHO COMÉRCIO AGROPECUÁRIO LTDA, juntamente com sua esposa Sr. Marina Pereira Carneiro Bernardes.

Era também sócio formal da empresa CARVÃO MINAS GRILL LTDA até 01/04/15. Após essa data passou a emitir para essa empresa, notas fiscais de assessoria por meio de seu CPF e notas fiscais de prestação de serviços administrativos, por meio de sua empresa WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME.

Já o Sr. Laercio Andrade (coobrigado neste auto) detém procuração com amplos poderes de gestão das empresas WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME e CARVÃO MINAS GRILL LTDA.

Da análise da documentação apreendida na Autuada, restou plenamente caracterizada a Confusão Patrimonial, ou seja, não há delimitação do patrimônio (bens, direitos e obrigações) das empresas envolvidas.

Restou provado nos autos que a empresa WBA SERVIÇOS E TRANSPORTE – ME compõe o grupo econômico, confundindo-se patrimonialmente com a Autuada, dando razão plenamente justificada de sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, conforme art. 21, inciso XII da Lei 6.763/75.

No que se refere à Defesa da empresa coobrigada EBINHO COMERCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, alega que o ponto em comum entre as empresas é o simples fato de a WBA prestar serviços para as outras, incluindo ela. Afirma que possui vários funcionários que são prestadores de serviço da WBA e que contrata serviços de escritório e apoio administrativo da WBA.

Entretanto, não explica o motivo de agendar pagamento em sua conta corrente de FGTS de funcionários da WBA, tampouco esclarece o fato de haver transferências bancárias da WBA em seu favor para cobrir cheques dados em compra de carvão para a empresa CARVÃO MINAS GRILL.

Diante de todo o exposto, resta provado que a empresa EBINHO COMERCIO AGROPECUARIO LTDA também compõe o grupo econômico, confundindo-se patrimonialmente com a Autuada, dando razão plenamente justificada de sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, conforme inteligência do art. 21, inciso XII da Lei 6.763/75.

Quanto ao Coobrigado Sr. Jorge Lopes dos Santos, é parte integrante da operação ilegal, quando se presta a simular a compra de empresa com altas dívidas tributárias, e a ser pessoa interposta dos verdadeiros donos/gestores da mesma.

O Fisco relata que nas duas entrevistas realizadas, o Impugnante demonstrou total desconhecimento do negócio da empresa CARVÃO MINAS GRILL, de seus funcionários, clientes, fornecedores, gestão de contas bancárias, bens e dívidas, demonstrando ser uma pessoa desprovida de qualquer tino comercial, envolvido inconscientemente no grupo econômico.

Dessa forma, correta também a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Evidente, portanto, que todos os Coobrigados, incluídos no polo passivo da obrigação tributária, por meio de suas condutas ativas ou omissivas, infringiram a lei e contribuíram para o recolhimento a menor do imposto devido pela empresa Autuada.

Legítimas são as exigências fiscais e as imposições de solidariedade.

Por fim, foi exigida a Multa Isolada preconizada pelo art. 55, inciso VII, alínea “c” da 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:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

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;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

Todavia, por ter desconsiderada a aplicação da legislação específica ao caso em tela, diante da pretendida classificação das mercadorias conforme operado pela Impugnante, esta sequer lançou base de cálculo para apuração do tributo em referência.

Assim, atentos ao princípio da tipicidade cerrada inerente aos ramos do Direito com natureza sancionatória infracional, verifica-se que não ocorreu a correta e concisa subsunção da conduta ao tipo infracional ali delineado, havendo, ademais, dispositivo ao qual o fato se enquadraria, a saber:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo; com imputação específica para a conduta em tela:

(. . .)

Portanto, devem ser canceladas as exigências relativas à aplicação da penalidade insculpida pelo art. 55, inciso VII, alínea c da Lei nº 6.763/1975.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de substabelecimento apresentado nesta oportunidade pelo procurador das Impugnantes. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para cancelar as exigências relativas à Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Andréia Fernandes da Mota, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir, ainda, do crédito tributário o ICMS operação própria destacado nas notas fiscais de emissão dos remetentes das mercadorias, objeto da autuação, que foram devidamente escrituradas pela Autuada, bem como a sua respectiva multa de revalidação. Pela Impugnante Carvão Minas Grill Eireli, pela Impugnante Ana Maria Calegari Torres, pelo Impugnante Weber Bernardes de Andrade e pelo Impugnante Jorge Lopes dos Santos, sustentou oralmente o Dr. Luiz Flávio Paína Resende Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor), Fernando Luiz Saldanha e Andréia Fernandes da Mota.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2016.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.098/16/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000352778-48	
Impugnação:	40.010139376-93, 40.010139378-55 (Coob.), 40.010139375-11 (Coob.), 40.010139379-36 (Coob.), 40.010139372-86 (Coob.), 40.010139373-67 (Coob.), 40.010139374-48 (Coob.), 40.010139377-74 (Coob.)	
Impugnante:	Carvão Minas Grill Eireli IE: 001090853.00-21 Ana Maria Calegari Torres (Coob.) CPF: 529.556.056-20 Ebinho Comércio Agropecuário Eireli (Coob.) IE: 450944450.00-12 Jorge Lopes dos Santos (Coob.) CPF: 790.355.319-49 Leopoldo Ribeiro Torres (Coob.) CPF: 526.276.086-49 Marina Pereira Carneiro Bernardes (Coob.) CPF: 052.361.126-99 WBA Serviços e Transportes - ME (Coob.) IE: 002314965.00-38 Weber Bernardes de Andrade (Coob.) CPF: 856.076.306-68	
Coobrigado:	Laércio Antônio de Andrade CPF: 301.963.106-87	
Proc. S. Passivo:	Marcel Ribeiro Pinto/Outro(s)	
Origem:	DFT/Uberlândia	

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A decisão prevalente, pelo voto de qualidade, considerou parcialmente procedente o lançamento para cancelar as exigências relativas à Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, *permissa vênia* aos entendimentos em contrário, entendo que além dessa exclusão dever-se-ia, em observância ao princípio da não cumulatividade, excluir ainda do crédito tributário o ICMS operação própria destacado nas notas fiscais de emissão dos remetentes das mercadorias, objeto da autuação, que foram devidamente escrituradas pela Autuada, bem como a sua respectiva multa de revalidação.

Estabelece o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

É inconteste, segundo o dispositivo supra, que ao contribuinte é devido o direito de compensar o imposto devido em cada operação de circulação de mercadoria que realizar com o imposto cobrado na operação anterior.

Entretanto, conforme disposto na alínea “c” do inciso XII do § 2º do artigo retromencionado, cabe à lei complementar disciplinar o regime da compensação do ICMS, *in verbis*:

Art. 155 - (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

(...)

Nessa esteira, a Lei Complementar nº 87/96 disciplinou a matéria e, em seu art. 23, estabeleceu que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto está condicionado à idoneidade da documentação. Este preceito está reproduzido no art. 30 da Lei nº 6.763/75. Veja-se:

LC n° 87/96

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Lei n° 6.763/75

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

Assim, o direito ao crédito garantido pelo princípio da não cumulatividade está sujeito a várias condicionantes previstas na legislação do imposto, inclusive as relacionadas às providências formais exigidas para o seu exercício, para as quais há normas instrumentais de apuração.

Todavia, *in casu*, essas condicionantes não atingem o direito da Autuada em abater do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração o ICMS operação própria destacado nas notas fiscais de emissão dos remetentes das mercadorias, objeto da autuação, que foram devidamente por ela escrituradas.

Uma vez que o crédito tributário exigido se fundamenta no não enquadramento das mercadorias na sistemática da substituição tributária, e o ICMS, tanto da ST quanto da operação própria foram destacados nas notas fiscais emitidas pelos remetentes, não se reconhecendo a inserção dos produtos na ST e sendo cobrado o imposto nas operações de saída da Autuada, necessariamente há de reconhecer-lhe o crédito da operação própria relativo às notas fiscais devidamente escrituradas nas entradas porque:

1 - não há nos autos qualquer discussão acerca da idoneidade da documentação fiscal emitida pelos remetentes das mercadorias;

2 - não se justifica que para o exercício desse direito deva ser observada a disciplina relacionada aos créditos extemporâneos de que trata o § 2º do art. 67 do RICMS/02, já que as notas fiscais para as quais se admite o creditamento são as que já estão devidamente escrituradas;

3 - o creditamento não se verificou por inércia da Autuada, mas por se entender que as mercadorias se sujeitavam à ST cujo recolhimento teria sido efetuado pelos remetentes;

4 - não é razoável que o exercício do direito ao crédito, decorrente de operações anteriores, seja condicionado a lançamento futuro diante de um débito efetivo a ele relacionado que está sendo exigido na autuação em comento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Abordando a questão do exercício do direito de aproveitamento do crédito, enfocando, em especial, o seu condicionamento à idoneidade da documentação fiscal, assevera Célio Lopes Kalume (ICMS Didático, 2ª Edição, 2014, Del Rey, pág. 386):

(...)

- como consequência da afirmativa anterior, o *direito* ao crédito decorre única e exclusivamente da *incidência* do imposto da operação anterior (implicando até a desnecessidade de documentário fiscal), mas o *exercício* do direito depende de atributos de liquidez e exigibilidade do *débito* com ele relacionado, consequências do lançamento de ofício ou da regular emissão do documento fiscal como meios de instrumentalizar a apuração do imposto.

(...)

Logo, tendo se verificado os pressupostos básicos para o cumprimento do princípio da não cumulatividade, ou seja, a realização efetiva das operações anteriores, o que não é objeto de questionamento, bem como não o é a idoneidade da respectiva documentação fiscal emitida, e a cobrança do respectivo imposto operação própria a elas relacionado, que foi devidamente destacado nas notas fiscais dos remetentes, julgo parcialmente procedente o lançamento para cancelar as exigências relativas à Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, e para excluir, ainda, do crédito tributário o ICMS operação própria destacado nas notas fiscais de emissão dos remetentes das mercadorias, objeto da autuação, que foram devidamente escrituradas pela Autuada, bem como a sua respectiva multa de revalidação.

Sala das Sessões, 15 de junho de 2016.

**Luiz Geraldo de Oliveira
Conselheiro**