

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.363/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000432224-37
Impugnação: 40.010140475-60
Impugnante: Distrimar Distribuidora Ltda - ME
IE: 433269504.00-44
Proc. S. Passivo: Lucelho Marquez Diniz
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO – INTERDEPENDÊNCIA. Foi constatada a falta de pagamento do ICMS operação própria, devido pela Autuada, estabelecida neste estado, que, por razão de sua interdependência com o estabelecimento fornecedor, estava obrigada a recolher o imposto por substituição tributária na saída de seu estabelecimento, implicando, por conseguinte, a obrigatoriedade também do pagamento do ICMS operação própria. Exigências de ICMS, conforme alíquota do Simples Nacional e Multa de Revalidação prevista no inciso I, do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96. **Infração caracterizada.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de pagamento do ICMS operação própria (ICMS/OP), incidente sobre as operações de saída da Autuada, com mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV, do RICMS/02, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

No relatório fiscal, consta que a obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/OP decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vigor Ltda, fornecedora exclusiva dos produtos “Garbus Hair”, sendo aplicável, por conseguinte o disposto nos art. 113 e art. 115, inciso IV, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/OP e a Multa de Revalidação capitulada no inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, haja vista a contribuinte estar cadastrada no regime simplificado de tributação do Simples Nacional.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 60/74, com juntada de documentos de fls. 75/542.

A Manifestação Fiscal consta dos autos às fls. 545/557.

Por provocação do CC/MG (fls. 564), o Fisco concede novamente vista à Impugnante da Manifestação Fiscal, especificamente das fls. 553, nos termos do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

A Impugnante não se manifesta, sendo o PTA remetido para julgamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Em preliminar, alega a Autuada que o entendimento majoritário na jurisprudência é que o processo administrativo é dispensável quando a exigência é feita com base nas apurações declaradas pelo contribuinte, devendo a autoridade administrativa, antes de aplicar a penalidade, notificar o sujeito passivo para efetuar o pagamento ou defender-se.

Tem-se, pois, que as questões suscitadas na preliminar não exibem nenhum erro pontual perpetrado pelo Fisco, tampouco falha processual.

Lado outro, a legislação tributária não endossa a tese da Defesa. Dispõe o Código Tributário Nacional:

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

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

(...)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

Por oportuno, insta mencionar que todos os elementos indispensáveis à formação do crédito tributário foram criteriosamente observados pelo Fisco, como por exemplo, a perfeita identificação do sujeito passivo, a indicação da fundamentação legal, a determinação da base de cálculo, alíquota aplicável, inexistindo qualquer vício que dificulte o direito de defesa ou a compreensão da infração cometida.

Quanto ao argumento da Impugnante de que o Fisco cometeu equívoco nas análises das informações dos itens e suas classificações tributárias, ignorando toda cadeia tributária recolhida pelos fornecedores, insta informar que isso representa mérito do lançamento e assim será analisado.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida

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

Para tanto, formula os quesitos de fls. 71.

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 pelo Fisco, 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 RPTA:

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 relato, a autuação versa sobre falta de pagamento do ICMS operação própria (ICMS/OP), incidente sobre as operações de saída da Autuada, empresa atacadista, com mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV, do RICMS/02.

O Fisco sustenta o lançamento, destacando que a obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/ST e do ICMS/OP pelas suas próprias operações decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vigor Ltda, fornecedora exclusiva dos produtos “Garbus Hair”.

Mencione-se, por oportuno, que a exigência do ICMS/ST consta do PTA nº 01.000431773-00.

No presente lançamento, em que o Fisco exige o ICMS/OP, explica o Fisco que o imposto foi calculado mediante a aplicação das alíquotas do Simples Nacional que variaram de 2,87% (dois inteiros e oitenta e sete centésimos por cento) a 3,38% (três inteiros e trinta e oito centésimos por cento) conforme o faturamento apurado e demonstrado no Anexo III dos autos às fls. 17 a 53.

A base legal do lançamento constitui os art. 113 e art. 115, inciso IV, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Nas situações de interdependência, a previsão é de deslocamento do pagamento do ICMS/ST para o destinatário, o que também gera ser devido o pagamento do ICMS/OP.

Transcreve-se a redação do art. 113, do Anexo XV, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 113. A substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que trata o item 24 da Parte 2 deste Anexo, exceto as operações que destinarem a mercadoria para estabelecimento varejista.

Parágrafo único. Na hipótese de inaplicabilidade da substituição tributária prevista no caput, a responsabilidade pela retenção recairá sobre o estabelecimento destinatário interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte.

Na análise das operações empreendidas entre as empresas, verificou o Fisco que a Vigor Ltda, fornecedora dos produtos “Garbus Hair” que compõem o objeto desta autuação, vendeu à Autuada nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, 62% (sessenta e dois por cento), 87% (oitenta e sete por cento) e 80% (oitenta por cento), respectivamente, do seu volume geral de vendas.

A venda acima de 50% (cinquenta por cento) do volume total comercializado faz surgir entre os estabelecimentos, remetente e destinatário relação de interdependência. É esse o comando do inciso IV, do art. 115, do Anexo XV, do RICMS/02, redação vigente à época, *in verbis*:

Art. 115. Para fins do disposto nos arts. 113 e 114 desta Parte, consideram-se estabelecimentos de empresas interdependentes quando:

Efeitos de 1º/08/2009 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/2009:

“IV - uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do seu volume de vendas;”

Outrossim, é patente a exclusividade da Autuada quanto aos produtos “Garbus Hair”.

Às fls. 14 dos autos, o Fisco anexou a informação, obtida do sítio da Distrimar, de que esta opera como representante exclusiva dos produtos “Garbus Hair” (fabricados pela Vigor).

Também, a Autuada é a única destinatária desses produtos inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais.

Os demais destinatários em Minas Gerais, entre o período de 2012 a 2014 (anos em que se baseia a interdependência dos estabelecimentos), são pessoas físicas. E, além de não terem recebido produtos “Garbus Hair”, o volume adquirido é irrisório frente às aquisições feitas pela Autuada.

Conforme se observa da planilha “Cálculo do ICMS/ST devido” gravada em mídia eletrônica, fls. 16 dos autos, a exigência fiscal está restrita aos produtos “Garbus Hair” adquiridos do estabelecimento interdependente para revenda. Esta planilha demonstra o valor da base de cálculo da operação própria dos produtos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Garbus Hair” sobre o qual foi aplicada a alíquota do Simples Nacional para cobrança do imposto devido.

Focando os valores comercializados, traz o Fisco elementos que sustentam a assertividade da norma contida no art. 113, anteriormente transcrito.

É que o vínculo entre os estabelecimentos interdependentes e a adoção de preços quase fictícios entre eles compromete grosseiramente a apuração do ICMS/ST, aniquilando de vez a funcionalidade da substituição tributária.

No presente caso, o ICMS/ST retido não se aproxima do valor que deveria ter sido apurado se tivesse sido tomado como base de cálculo o preço praticado pelo estabelecimento atacadista, lembrando que, na ST “para frente”, é necessária a utilização de uma base de cálculo capaz de compor todos os ciclos de comercialização da mercadoria.

Ora, por esse motivo especialíssimo, o legislador cuidou em determinar uma base de cálculo que buscasse aproximar do preço praticado até o consumidor final.

Vale frisar, ainda que por amostragem, os preços praticados durante as etapas de comercialização dos produtos “Garbus Hair” fornecidos pela Vigor:

Produto	Preço de venda em 21/12/2015	
	NF nº 272 emitida pela Vigor (fls. 551)	NF nº 13.317 emitida pela Distrimar (fls. 552)
Condicionador banana e mel 350 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70
Condicionador cupuaçu 350 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70
Leave-in banana e mel 250 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70

Ademais, no varejo, o produto “Condicionador Banana e Mel 350 ml”, por exemplo, chega a ser vendido por aproximadamente R\$20,00 (vinte reais), conforme faz prova extrato da internet, fls. 553 dos autos.

Enfatize-se que, em que pese a Autuada comercializar produtos de outros fornecedores, é em relação à Vigor que se estabelece a relação de interdependência e conseqüentemente a obrigação de reter o ICMS/ST sobre os produtos por ela fornecidos, o que não foi feito.

Mesmo que tal discussão seja mais apropriada no PTA que trata do ICMS/ST, importa destacar que o Fisco não ignorou o recolhimento do ICMS/ST efetuado pelos fornecedores. Todos os valores recolhidos a título de substituição tributária pela Autuada referentes às aquisições das mercadorias adquiridas da empresa Vigor foram deduzidos do ICMS/ST devido e demonstrados de forma didática e pormenorizada no PTA nº 01.000431773-00.

A despeito dos “Comprovantes de pagamento do ICMS/ST e diferença de alíquotas – 2015” trazidos juntos à impugnação, fls. 509/542, o Fisco empreendeu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

análise detalhada e constatou que a Autuada não delimitou os documentos pertinentes a este lançamento. Os documentos anexados e que estão catalogados na manifestação fiscal às fls. 554/555 são comprovantes de pagamento do imposto emitidos por fornecedores diversos, que não guardam nenhuma relação com o feito fiscal.

Vale repisar que o trabalho fiscal está relacionado à cobrança do ICMS/OP referente aos produtos adquiridos do fabricante Vigor, pois de acordo com o artigo 113, do Anexo XV, do RICMS/02, a ST passa a não ser aplicável nas operações entre os estabelecimentos de empresas interdependentes, sendo transferido ao estabelecimento destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST referente às etapas posteriores e, conseqüentemente, a obrigação do recolhimento do imposto pela operação própria.

No tocante à contrariedade da Autuada acerca da substituição tributária “para frente”, considerando estar inclusa no regime simplificado de tributação “Simples Nacional” tem-se, primeiramente, que o art. 150 da Constituição Federal/88 autoriza expressamente essa modalidade de substituição tributária.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já declarou pela constitucionalidade do referido instituto, dispensando, pois, maiores discussões.

Com efeito, o regime de substituição tributária também está previsto para as empresas optantes pelo Simples Nacional, tanto na condição de substitutas quanto na de substituídas.

O dispositivo abaixo, extraído da Lei Complementar nº 123/06, evidencia a obrigação das empresas do Simples Nacional de recolher o ICMS devido por ST, de forma segregada da receita total, sujeitando-se à legislação comum.

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

XIII - ICMS devido:

a)- nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e

preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (grifou-se).

Dessa forma, não há que se falar em restituição por inexistente qualquer indébito *in casu*.

No que se refere à alegação da Autuada de que a penalidade imposta é confiscatória e abusiva, ressalta-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que estão, expressamente, previstas na Lei Complementar nº 123/06 c/c Lei Federal nº 9.430/96, conforme informações no lançamento (fls. 55 dos autos). Transcreve-se a redação dos dispositivos:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Federal nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...).

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, ao art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 22 de novembro de 2016.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

F