

Acórdão: 22.967/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001453057-21
Impugnação: 40.010151184-01
Impugnante: Macatex Serviços de Marketing Ltda
CNPJ: 17.329516/0001-87
Proc. S. Passivo: Antônio César Ribeiro/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS/NCONEXT/SP

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST, nas vendas interestaduais destinadas a empresa mineira, sob o argumento de que o imposto, então recolhido pela Requerente quando da entrada das mercadorias, se mostra indevido. Considerando a ausência de motivos legítimos a fundamentar a reversão da decisão original pela restituição, exarada no 2º Parecer da Fiscalização, deve ser reformada a decisão retificadora para restabelecer a decisão original, fundamentada no 1º Parecer da Fiscalização. Reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 02/04, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/ST, nas vendas interestaduais destinadas à empresa: Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, com sede em Belo Horizonte/MG, CNPJ: 12.070.639/0001-22 e IE: 001.611958.00-93, no período de janeiro de 2014 a outubro de 2016.

Justifica seu requerimento nos arts 28 a 35 todos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, aduzindo que tal pagamento fora efetivado de forma indevida.

Assevera que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda foi autuada em outubro de 2017 (PTA nº 01.000862220-05), pela ausência do recolhimento de ICMS/ST quando da saída de mercadorias por não ter observado o disposto pelo §1º do art. 113 e inciso IX do art. 115, ambos do Anexo XV do RICMS/02, nos exercícios de 2014 e 2015. Referidos débitos foram objeto do Parcelamento nº 12.063752700.93.

Sustenta, ainda, que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda apresentou denúncia espontânea relativamente ao ICMS/OP e ICMS/ST incidente sobre a aquisição de mercadorias da empresa Requerente para o período de janeiro a dezembro de 2016, tendo sido objeto do Parcelamento nº 12.065285600.25.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui assim que, partindo da própria manifestação da Fiscalização quanto à obrigatoriedade do recolhimento do ICMS/ST no momento da saída das mercadorias, os recolhimentos realizados pela empresa Requerente quando das aquisições torna-se indevido.

Em 09/01/20, o Diretor de Gestão Fiscal (Auditor Fiscal) proferiu despacho autorizando a restituição pleiteada (fls. 1.026), nos seguintes termos:

“...em atendimento ao requerimento do interessado e com fulcro no Parecer DGF/SUFIS nº: 024/2020, defere o pedido de restituição do PTA: 16.001453057-21.

Fica autorizada a restituição do ICMS no valor de ... em moeda corrente...”

Dez meses passados, o mesmo Diretor de Gestão Fiscal, às fls. 1.142/1.143, revê e reforma o despacho proferido:

“Promove o INDEFERIMENTO do pedido de restituição de indébito pelos motivos acima.”

Motiva sua revisão na desistência dos parcelamentos por inadimplência da empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda; na suposta existência de interdependência entre a Requerente e a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, bem como no não recolhimento do ICMS/ST na cadeia econômica dos produtos comercializados pela Requerente.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.146/1.218, com as seguintes alegações:

- informa que o pedido de restituição havia sido deferido e surpreendentemente foi indeferido pela autoridade fazendária;

- aduz que a interdependência reconhecida pelo Fisco não apresenta relação com o fato de possuírem as empresas um mesmo proprietário ou comporem um grupo econômico, que foi suscitada com foco na análise do volume de vendas entre as empresas que superou 50% (cinquenta por cento) do volume total de aquisições no período;

- esclarece que são empresas distintas e esta distinção societária é absolutamente vista no acervo documental existente;

- observa que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda não concordou com a chancela da interdependência e com as cifras defendidas pelo Fisco e que em várias reuniões com o Auditor Fiscal foi aduzido por este, que caso a empresa não discutisse administrativa e judicialmente, poderia ser albergada por um regime especial de tributação;

- acrescenta que, dessa forma, optou a empresa por não discutir as exigências e aderir ao programa de parcelamento;

- aponta que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda requereu a compensação do que pagou indevidamente nas operações de aquisição feitas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela Macatex Serviços de Marketing Ltda e que o Auditor Fiscal indeferiu o pedido porque somente a Macatex Serviços de Marketing Ltda teria legitimidade, mesmo tendo esta autorizado expressamente a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda em requerer tal compensação;

- salienta que o regime especial não foi concedido, a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda encerrou suas atividades e a Macatex Serviços de Marketing Ltda requereu a restituição, tendo sido inicialmente deferida;

- entende que não há razoabilidade alguma na reforma da decisão pelo mesmo Auditor que deferiu a restituição;

- requer a aplicação das disposições relativas a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal - STF;

- reitera a inexistência de vinculação entre as empresas, motivo que em seu entendimento foi utilizado para justificar a impossibilidade de compensação dos valores pagos pela Requerente com aqueles exigidos da empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda.

Ao final requer o deferimento do pedido de restituição.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.220/1.227 nos seguintes termos:

- registra que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, foi autuada em 26/09/17 pelo PTA: nº 01.000862220-05 nas operações realizadas com a Impugnante no período entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, por deixar de recolher o ICMS operação própria e ICMS/ST sobre as vendas ocorridas na empresa, conforme art. 113 a 115, todos do Anexo XV do RICMS/02;

- destaca que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, formulou denúncia espontânea, PTA: nº 05.000287679-01 em 14/12/17, referente ao período 01/01/16 a 31/12/16, nas operações realizadas entre a Impugnante e a referida empresa, no período entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, por deixar de recolher o ICMS operação própria e ICMS/ST sobre as vendas ocorridas na empresa, conforme art. 113 a 115, todos do Anexo XV do RICMS/02;

- ressalta que a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda CNPJ: 12.070.639/00001-22 (BH/MG) e a Macatex Serviços de Marketing Ltda 17.329.516/0001-87 (Barueri/SP) no período de janeiro de 2014 a outubro de 2016 eram responsáveis pela distribuição dos produtos da Salon Line, cujo fabricante e empresa detentora do registro na ANVISA é a Devintex Cosméticos Ltda, CNPJ: 01.773.518/0006-35 conforme Portarias SUTRI nº 710/17 e 987/20 e informações do site da empresa;

- menciona que extrai-se de mensagens trocadas com o patrono da Requerente que, referente ao pedido de restituição da Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, o Sr. Ricardo Bensadon era o representante da Devintex Cosméticos Ltda e da Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda;

- acrescenta que o Sr. Ricardo Maes Bensadon também atuava como representante da Macatex Serviços de Marketing Ltda;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- faz alusão ao quadro de sócios das empresas nos períodos considerados e destaca que havia sócios comuns entre a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda e a Macatex Serviços de Marketing Ltda em períodos distintos;

- informa que além de sobrenomes idênticos (indicando fazerem parte da mesma família), há outras coincidências como os endereços dos estabelecimentos;

- aponta argumentos buscando vincular as empresas;

- promove a juntada de vários documentos aos autos, por meio da inserção de suas imagens no corpo da manifestação fiscal.

Requer, ao final, a manutenção do indeferimento do pedido.

Em sessão realizada em 20/05/21, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 02/06/21.

Em sessão realizada em 02/06/21, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização conceda vistas ao Contribuinte dos documentos inseridos no corpo da Manifestação Fiscal de fls. 1.220/1.227.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 1.243/1.250, reitera os argumentos já apresentados em sede de impugnação especialmente aqueles relacionados a uma possível vinculação das empresas como motivação para negativa do pedido de restituição.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 1.269/1.272 aos seguintes argumentos:

- relata que a Impugnante pretende confundir os julgadores nos conceitos de interdependência e grupo econômico, sequer foi mencionada a questão da interdependência, que tem seu regramento específico nas operações com Cosméticos, Perfumaria conforme artigos de Higiene Pessoal e de Toucador no Capítulo XVII do Anexo XV do RICMS/02;

- aduz que no tocante à existência de grupo econômico, mencionado explicitamente na manifestação fiscal, cita a Resolução SEF/MG nº 4.903 de 29 de junho de 2016, que definiu o termo caracterizando-o quando duas ou mais empresas, de fato ou de direito, estiverem sob controle comum ou quando uma for titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 10% (dez por cento) do capital social ou votante da outra, nos termos da legislação civil vigente;

- salienta que a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda CNPJ: 12.070.639/00001-22 (BH/MG) e a Macatex Serviços de Marketing Ltda 17.329.516/0001-87 (Barueri/SP) no período de janeiro de 2014 a outubro de 2016 eram responsáveis pela distribuição dos produtos da Salon Line, cujo fabricante e a empresa detentora do registro na ANVISA é a Devintex Cosméticos Ltda, CNPJ: 01.773.518/0006-35, que também possuiu uma filial em Minas Gerais que atuou na distribuição;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- observa que a Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, teve a sua inscrição estadual suspensa em 12/01/21 por desaparecimento do contribuinte;

- acrescenta que em 22/02/21, sua inscrição estadual foi cancelada e em 30/04/21 a Maco teve a inscrição reativada a seu pedido no cadastro da SEF/MG;

- informa que na análise de suas declarações (DAPI) do ano de 2021 não apresenta faturamento, apesar de sua habilitação no Parcelamento nº 13.037910300-02 ter ocorrido pela internet em 10/06/21, 8 (oito) dias após a decisão do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CCMM em converter o julgamento deste PTA em diligência (fls. 1.233);

- justifica seu posicionamento em face da possibilidade de que a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda não honre o parcelamento em curso, concluindo que neste sentido deve ser negado o pleito da Impugnante.

Em sessão realizada em 01/09/21, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 22/09/21. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu à deliberação a Dra. Shirley Daniel de Carvalho e, pela Impugnante, o Dr. Antônio César Ribeiro.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição de quantia paga a título de ICMS/ST nas vendas interestaduais destinadas a empresa: Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, com sede em Belo Horizonte/MG, CNPJ: 12.070.639/0001-22 e IE: 001.611958.00-93, no período de janeiro de 2014 a outubro de 2016.

Aduz a Impugnante que, considerando o Auto de Infração lavrado contra a empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda, restaria claro que o imposto então recolhido quando da entrada das mercadorias pela Impugnante seria indevido.

De início, importante destacar algumas premissas a nortear o posicionamento presente. Conforme prevê no art. 19 do Decreto nº 44.747/08, a competência da Câmara de Julgamento no caso em tela, se vincula a apreciar a Impugnação relativa ao pedido de restituição, examine-se:

Art. 19. Compete à Câmara de Julgamento:

I - julgar:

- a) o lançamento impugnado;
- b) a impugnação relativa a pedido de restituição;
- c) a reclamação; e

Ou seja, trata-se de situação menos abrangente do que aquela verificada quando da análise e julgamento de impugnação manejada contra Auto de Infração, na qual deve ser realizada uma ampla revisão do lançamento.

Portanto, a questão ora em debate é delimitada pelo julgamento da Impugnação, restando esta vinculada direta e objetivamente ao ato administrativo vertido em linguagem jurídica por meio do Despacho de fls. 1.142/1.143.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, foi proferido despacho nos autos deferindo o pedido de restituição em testilha.

Referido despacho foi fundamentado por um extenso e minucioso parecer da DFG/SUFIS que assim dispõe:

Em cruzamento de dados eletrônico, detectamos relação de interdependência entre as empresas MACATEX E MACO, nos exercícios 2013 a 2015, na forma do art. 115, IX do Anexo XV do RICMS.

(...)

Em função desta interdependência, a retenção de ICMS/ST nas saídas da MACATEX para a MACO se tornou indevidas. O correto seria a retenção nas saídas da MACO.

(...)

Desta forma, todas as retenções de ICMS/ST nas saídas da MACATEX para a MACO entre 2014 e 2016, se tornaram indevidas. Por se tratar de empresas distintas, não houve a compensação deste valor pago pela MACATEX nos cálculos da auditoria da DF/BH-4 e autodenúncia promovida pela MACO.

A Fiscalização então reformula seu posicionamento e invoca como fundamento de validade de seu ato a Súmula nº 473 do STF:

SÚMULA Nº 473 – ENUNCIADO:

A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.

Aqui se questiona qual o vício seria invocado pela Fiscalização.

De início, cumpre destacar que, todos os elementos utilizados pela Fiscalização para reformar seu entendimento já lhe eram conhecidos à época da elaboração do citado parecer e despacho autorizando a restituição.

Importante registrar que, pelas próprias premissas aduzidas pela Fiscalização tal fato é absolutamente irrelevante para a questão.

Ora, a própria Fiscalização conclui de forma direta que se trata de empresas distintas, tendo se baseado ao concluir pela existência de interdependência exclusivamente no que dispõe o art. 115 do Anexo XV do RICMS/02.

Os elementos que utiliza para induzir uma conclusão no sentido de que haveria uma ligação direta entre as empresas, com identidade entre sócios, administradores ou objetivos, não passam de ilações e conjecturas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata-se de uma situação em que o Fisco adota medidas diversas para um único peso. Ou seja, para justificar a impossibilidade da compensação dos valores às empresas, afirma de maneira contundente se tratar de pessoas jurídicas distintas. Contudo ao pretender de maneira criativa impedir o exercício do direito do contribuinte, busca elementos frágeis e inábeis para afirmar a existência de relação naquilo que pretende concluir ser um grupo empresarial.

Nas palavras de François-Marie Arouet (pseudônimo adotado por Voltaire), *“Il y a toujours deux poids et deux mesures pour tous des droits des rois et des peuples”* (“Há sempre dois pesos e duas medidas para os direitos dos reis e os direitos dos comuns”).

Não obstante, ainda que se admitisse como válida a pretensão da Fiscalização ao modificar a decisão original, importante destacar que, considerando o atributo da presunção de legitimidade de que se revestem os atos administrativos, embora eivados de vícios, produzem efeitos.

Dá a necessidade ainda mais evidente de controle da revisão dos atos e de uma contundente fundamentação para sua revisão.

A disposição encartada pelo art. 33, inciso I do RPTA não autoriza ao agente ali descrito, uma autonomia ampla relativamente a seus atos, tal qual pretende a Fiscalização:

RPTA

Art. 33. O pedido de restituição de indébito tributário será decidido pelo:

I - diretor da Diretoria de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização (DGF/SUFIS), em se tratando de pedido de contribuinte circunscrito a Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST;

Imperioso que haja motivação e motivos suficientes para tal revisão, sob pena de restar nulo tal ato.

Conforme ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “A necessidade motivação dos atos administrativos resulta do princípio democrático e da regra do devido processo legal, porque indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa”.

Não há no despacho de reconsideração qualquer elemento jurídico adicional àqueles colacionados pelo próprio Fisco no parecer de deferimento, que pudesse ensejar ou justificar a modificação de seu entendimento. O único elemento, possivelmente novo, inserido se relaciona ao potencial descumprimento do parcelamento promovido pela empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda.

Fato este, contudo, juridicamente irrelevante para solução da questão.

Ora, em se tratando de empresas distintas, fato que motivou a cobrança do tributo exigido no Auto de Infração lavrado contra a empresa Maco Distribuidora de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cosméticos em Geral Ltda, o eventual inadimplemento daquela não torna devido ou legítimo o tributo irregularmente exigido da Impugnante.

Ao contrário, era esta exatamente a solução mais pragmática e objetiva pleiteada originalmente pelos contribuintes, ao pretenderem a compensação dos valores exigidos com aqueles regularmente pagos, inclusive com considerável ônus em face do acatamento do posicionamento Fiscal (considerando correções, juros e multas aplicados).

A ausência de elementos suficientes para o pretendido indeferimento se torna mais evidente ao se analisar a Decisão de fls. 1.142/1.143 que, em parcos três parágrafos (considerando a parte relevante da fundamentação), busca reformar a decisão que deferiu adequadamente a restituição, ao único argumento de ausência de pagamento regular por parte da empresa Maco Distribuidora de Cosméticos em Geral Ltda das parcelas do débito por ela assumido.

Ora, dispõe o estado de meios e ferramentas próprias e suficientes para satisfação de seu crédito, tendo em conta inclusive que, eventual descompasso econômico na cadeia de comercialização teria sido suscitado pela própria conduta da Fiscalização.

Soma-se a isso, o fato de que é preciso entender que o exercício do poder de autotutela ora invocado pela Fiscalização deve ser precedido de regular processo administrativo quando importar na supressão de benefícios como vantagens pecuniárias, reajustes salariais e parcelas remuneratórias, em face das determinações fundamentais do art. 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988 – CR/88 (exigência de contraditório, ampla defesa e procedimento administrativo prévios ao exercício da autotutela).

A inobservância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, torna inadmissível o ato de invalidação, o que, à obviedade, inviabiliza a própria extinção por vício de conteúdo. Nesse sentido, destacam-se os acórdãos dos Colendos Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça - STJ:

“CONSOANTE A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE TIVEREM O CONDÃO DE REPERCUTIR SOBRE A ESFERA DE INTERESSES DO CIDADÃO DEVERÃO SER PRECEDIDOS DE PRÉVIO PROCEDIMENTO EM QUE SE ASSEGURE AO INTERESSADO O EFETIVO EXERCÍCIO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA”. AGRAVO REGIMENTAL NO RE Nº 590.964-AL, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, 1ª TURMA DO STF, DJE DE 12.11.2012”

“O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENTENDE QUE A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE PAUTAR-SE, ESTRITAMENTE, NOS COMANDOS DA LEI. ALIÁS, JUSTAMENTE COM SUPEDÂNEO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É CONFERIDO O PODER DE AUTOTUTELA, INCUMBINDO-LHE, ASSIM, O DEVER DE REVER OS SEUS ATOS, QUANDO EIVADOS DE NULIDADES, ANULANDO-OS, TENDO DE, EM QUALQUER CASO, ENTRETANTO, OBSERVAR O CORRESPONDENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS, O QUE OCORREU

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NA HIPÓTESE EM EXAME”. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MS Nº 48.822-SE, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, 2ª TURMA DO STJ, DJE DE 17.08.2017”

Considerando assim, a ausência de motivos legítimos a fundamentar a reversão da decisão original pela restituição, a única possibilidade a ser considerada para justificar a atitude da Fiscalização, com fins na própria Súmula vindicada (473), seria a existência de vícios que tornem o ato ilegal.

Notadamente, nenhuma argumentação ou fatos são colacionados também nesta direção.

Portanto, à míngua de qualquer elemento razoável ou suficiente, capaz de suportar o malsinado Despacho de fls. 1.142/1.143, deve ser reformada a decisão retificadora promovida pela Fiscalização, restabelecendo a decisão acertadamente fundamentada no Parecer de fls. 1.023/1.026.

Reconhecido o direito à restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documentos recebidos, via e-mail, em 02/09/21. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente a impugnação, determinando a restituição dos valores constantes do Parecer Fiscal às fls. 1023/1026 dos autos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Cesar Ribeiro e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. Participaram do julgamento, além do signatário, as Conselheiras Cindy Andrade Moraes (Revisora), Gislane da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 22 de setembro de 2021.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator**

CS/D