

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.771/04/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010106216-61
Impugnante: Santa Tereza Comércio Importação e Exportação Ltda. (Coob.)
Gillette do Brasil Ltda.(Autuada)
Proc. S. Passivo: Flávio El-Amme Paranhos (Outros – Aut.)/Aci Heli
Coutinho/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000138859-34
Inscr. Estadual: 048.670852.0071 (Aut.)
186.641937.0046 (Coob.)
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DIVERSOS PRODUTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS relativo à substituição tributária, envolvendo operações de saídas de diversos produtos, promovidas pela Autuada com destino ao estabelecimento da Coobrigada. Excluídos, pelo Fisco, os valores correspondentes à nota fiscal cobrada em outra autuação (PTA n.º 02.000155743.65), e as exigências de ICMS/ST e MR/ST referentes ao suporte durável que compõe os “aparelhos de barbear”, por falta de previsão legal para tal cobrança durante o período fiscalizado. Exclusão das exigências fiscais relativas aos períodos nos quais houve o cumprimento dos Termos de Acordo n.º 12.98.3273-4 e 12.00.3819-4 por parte da Coobrigada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre operações de saídas com destino à Coobrigada, estabelecida neste Estado, no intervalo de “01/03/1999 a 30/06/2000”, de mercadorias sujeitas à substituição tributária prevista no Convênio ICMS 76/94 (*escovas e pastas dentifrícias, fio e fita dental, e outros produtos para higiene bucal e dentária*) e nos Protocolos ICMS 16/85 (*lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro*) e 18/85 (*pilhas e baterias*), sem a retenção e recolhimento do imposto devido.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 19/24 e 58/64, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 87/93 e 103/111.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA PRIMEIRA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Em acatamento parcial à peça defensiva da Coobrigada, o crédito tributário é reformulado pelo Fisco (fls. 94; Quadro 1 - fls. 95/97; DCMM - fls. 98), com a exclusão das exigências relativas à Nota Fiscal nº 131.278, abarcadas pela autuação citada pelo dito sujeito passivo - PTA nº 02.000155743.65 (fls. 83/84), que originou o Acórdão nº 14.357/00/1ª. Tal procedimento é devidamente cientificado ao patrono da Autuada (fls. 99) e à Coobrigada (fls. 100/102).

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

A Auditoria Fiscal promove a *Diligência* de fls. 115, onde solicita ao Fisco esclarecimentos acerca do critério utilizado para a apuração das diferenças de ICMS/ST envolvendo o produto “aparelho de barbear”, composto por um “*suporte durável*” (*cabo*), onde é fixada a “*lâmina de barbear*”, ou seja, se a cobrança da ST incidiu sobre o conjunto “*suporte + lâmina de barbear*” ou apenas sobre este último item.

DA INTIMAÇÃO PROMOVIDA PELO FISCO

A *Autuada* é intimada a apresentar o “valor unitário” de cada *cartucho de lâmina de barbear* vendido juntamente com o “suporte durável” do *aparelho de barbear* (fls. 117).

No entanto, ela se limitou em pleitear a dilatação do prazo concedido para a apresentação da referida informação, pedido que, inclusive, foi parcialmente deferido pelo Fisco, mas sem lograr êxito (fls. 118/119).

DA SEGUNDA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Modifica o Fisco seu entendimento quanto ao tratamento tributário dado aos *aparelhos de barbear* comercializados pela Fabricante/Atuada, compostos por um “suporte durável” (*cabo*), onde é fixado o *cartucho de lâmina descartável*, passando a considerar a incidência da ST somente sobre este último item, haja vista o disposto na Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 16/85, vigente durante o lapso fiscalizado.

Com isto, é promovida a reformulação do crédito tributário (fls. 120/121; Quadro 1 anexo ao AI - fls. 123/125; DCMM - fls. 122), com o “arbitramento” dos valores de tais *lâminas de barbear*, obtidos mediante pesquisa de preços junto a diversos revendedores destes produtos (fls. 127/141).

Em seguida, o referido Fator foi aplicado sobre o ICMS/ST calculado para o correspondente tipo do produto em cada nota fiscal (Quadro 1 - “Notas Explicativas” - fls. 125), expurgando, assim, a cobrança havida sobre o dito *suporte durável*, remanescendo um ICMS/ST na ordem de R\$ 32.046,10 (fls. 125).

Tais modificações (relatadas pelo Fisco às fls. 147/148) são devidamente cientificadas aos mandatários da “Gillette” (fls. 142) e ao estabelecimento autuado da “Santa Tereza” (fls. 143/144), sobre as quais este último se furtou de qualquer pronunciamento, enquanto a *Autuada* se limitou, apenas, em ratificar os argumentos trazidos em sua peça impugnatória (fls. 145).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

Face ao defeito na intimação efetivada a uma das Litigantes sobre as duas reformulações do crédito tributário, promovidas pelo Fisco diretamente à Coobrigada e não aos seus procuradores (fls. 100/101 e 143/144), como prevê o Artigo 143, *Caput*, da CLTA/MG, é deferida a *Diligência* de fls. 150 pela Auditoria Fiscal, onde é solicitada a comunicação dos referidos atos administrativos a quem de direito. Tal demanda é prontamente atendida, conforme documentos de fls. 151/152.

DA TERCEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

É deliberada pela Auditoria Fiscal a *Diligência* de fls. 154, onde é solicitado à Administração Fazendária de Contagem que informe se a empresa “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.” (Coobrigada) cumpriu os Termos de Acordo nº 12.98.3272-4 - PTA nº 16.000012732.61 (fls. 39/48) e nº 12.00.3818-4 - PTA nº 16.000043639.61 (fls. 49/56), mediante o recolhimento do ICMS/ST nas saídas internas dos produtos contemplados pelo Convênio ICMS 76/94.

Como providência, a AF/Contagem intima o dito estabelecimento mineiro a apresentar os comprovantes de pagamento do ICMS/ST relativos às saídas das mercadorias abrangidas pelos aludidos acordos e ocorridas no lapso fiscalizado (no caso, de “01/03/1999 a 30/06/2000”), com a indicação das notas fiscais a eles correspondentes (fls. 154). Em atendimento a tal pedido, a “Santa Tereza” traz aos autos as “Relações de Notas Fiscais de Saídas com Destaque do ICMS/ST”, e cópias dos DAEs de quitação de tal imposto, referentes aos períodos de “outubro de 1999 a junho de 2000” (fls. 157/300, 302/600 e 602/733).

A unidade fazendária de Contagem intervém novamente junto à mencionada empresa (fls. 734), visando a apresentação de cópias de diversas notas fiscais emitidas no intervalo fiscalizado, no que é plenamente atendida, conforme documentos anexados às fls. 747/881 dos autos.

DA ABERTURA DE VISTA AOS SUJEITOS PASSIVOS

Em função da juntada dos documentos de fls. 157/300, 302/600, 602/733 e 747/881, é concedida “vista” dos autos aos procuradores das Envolvidas (fls. 882/887), que resulta apenas na intervenção da Autuada de fls. 897/899.

DO NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA

Vem aos autos novamente a Autuada (fls. 897/899), e tece comentários sobre a referida documentação trazida aos autos por solicitação da repartição fazendária de Contagem.

Expõe que os comprovantes de recolhimento entregues pela Coobrigada demonstram que o Termo de Acordo nº 12.00.3818-4 foi cumprido pela sua signatária (a “Santa Tereza”), que promoveu a retenção e o recolhimento do imposto nas remessas de produtos sujeitos à substituição tributária para contribuintes mineiros, conforme comprovado pela amostragem de notas fiscais acostadas às fls. 747/881.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por isso, e diante do disposto na Cláusula Primeira do referido acordo (que vigorou durante todo o período abrangido por esta autuação), entende que se encontra eximida de qualquer responsabilidade pelo ICMS/ST, e pede pelo cancelamento da presente cobrança, principalmente por não ter havido qualquer dano ao Fisco mineiro.

DAS CONTRA-RAZÕES DO FISCO

Nas assertivas de fls. 903/911, o Fisco, após ter tido vista dos documentos trazidos à baila pela Coobrigada (em atendimento às intimações da AF/Contagem), rebate as ponderações da Autuada de fls. 897/899; pedindo pela procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 914/925, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Da Nulidade do Auto de Infração

Propugna a Coobrigada pela *nulidade* da peça lançadora, sob o argumento de que ela não infringiu determinado dispositivo citado no AI, bem como tal peça não descreve integralmente os preceitos legais aplicáveis à acusação fiscal (fls. 60/61).

Contudo, não lhe assiste razão, pois, pela simples leitura do Auto de Infração e de seus anexos (fls. 02/04, 07/10), vê-se que eles contêm todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário em tela, previstas nos Artigos 57 e 58 da CLTA/MG. Todos os ditames da legislação tributária relativos à infração em pauta, e vigentes no período examinado, encontram-se devidamente citados na peça fiscal.

Além disso, aplica-se a tal ato administrativo a *presunção de legitimidade*, não ilidida por tal Acusada (Artigo 109, CLTA/MG). Como ressalta o mestre “Paulo de Barros Carvalho” (“Curso de Direito Tributário - Editora Saraiva - 2ª Edição - 1986”),

“O ato jurídico administrativo de lançamento será nulo, de pleno direito, se o motivo nele declarado - a ocorrência de determinado fato jurídico tributário, por exemplo - inexistiu. Nulo será, também, na hipótese de ser indicado sujeito passivo diferente daquele que deve integrar a obrigação tributária. (...)”

E a situação em foco não se enquadra em nenhuma das hipóteses tratadas pelo referido doutrinador.

2. Do Pedido de Perícia formulado pela Coobrigada

A Coobrigada também propugna pela produção de *prova pericial*, com a ulterior juntada de documentos (fls. 64).

Todavia, tal pleito há de ser ignorado, visto que não houve a apresentação dos quesitos pertinentes, condição essencial à apreciação desse instrumento de *prova*, conforme estabelece o Artigo 98, Inciso III, da CLTA/MG. Ademais, o referido exame pericial mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os documentos fiscais contemplados no feito encontram-se descritos no Anexo 1 do AI (fls. 11/13, alterado às fls. 123/125), onde também é demonstrada a apuração da base de cálculo do imposto ora exigido.

DO MÉRITO

Impõe-se à firma autuada, na condição de substituta tributária, a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST em operações com produtos sujeitos à substituição tributária (ST) de que trata o Convênio ICMS 76/94 e os Protocolos ICMS 16/85 e 18/85 (estes últimos a partir de 01/08/1998), remetidos à empresa atacadista mineira “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.” (Coobrigada) no intervalo de “01/03/1999 a 30/06/2000”.

Ao se defenderem, as Impugnantes contestam a cobrança do ICMS/ST, sob o argumento de que os Termos de Acordo n.ºs. 12.98.3272-4 (fls. 39/48) e 12.00.3818-4 (fls. 49/56), celebrados com a Destinatária/Coobrigada, retiraram da Remetente/Autuada a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária nas operações autuadas.

No que tange à incidência do imposto sobre os “aparelhos de barbear” do tipo “*Mach 3*” (código 17.967) a que se refere a NF n.º 190.914, de 23/03/2000 (descrita no Anexo 1 do AI - fls. 12, alterado às fls. 125), o Fisco, após *Diligência* da Auditoria Fiscal (fls. 115), ajustou a base de cálculo correspondente aos mesmos, restringindo a apuração do ICMS/ST ao produto “*lâmina de barbear (cartucho)*”, comercializada juntamente com o “*suporte durável*” em que ela é fixada, sobre a qual a incidência da substituição tributária é indubitável (reformulação de fls. 120/125).

Assim, o levantamento fiscal adequou-se à legislação de regência da matéria vigente durante o intervalo examinado (Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 16/85 - efeitos de 26/03/1998 a 31/07/2000), que previa a aplicação da ST somente sobre os “aparelhos de barbear” do tipo *descartáveis*, e sobre todas as “lâminas de barbear”, inclusive aquelas que acompanham o *suporte durável* de tais produtos, sem as quais eles se tornam inúteis. Somente após o advento do Protocolo ICMS 14/00 (efeitos a partir de 01/08/2000) é que o dito dispositivo legal passou a contemplar todos os tipos de “aparelhos de barbear” (*descartáveis ou não*).

Relativamente à apuração dos valores correspondentes aos aludidos *cartuchos de lâminas de barbear*, por ter a mencionada empresa “Gillette” se furtado em fornecê-los, agiu corretamente o Fisco no “arbitramento” dos mesmos e na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apuração do percentual de sua participação sobre o preço do *aparelho de barbear* (formado pelo conjunto “*suporte durável + lâmina*” - fls. 126/141). Aliás, tal procedimento sequer foi contestado pela dita Envolvida.

Quanto à penalidade imposta no feito (MR de 100%), não se percebe o “confisco” alegado pela Coobrigada, por se tratar de sanção pecuniária claramente prevista na legislação tributária (Artigo 56, Inciso II, § 2º, da Lei nº 6.763/75). E não cabe nem mesmo questionar sua graduação, na medida em que ambas as componentes da sujeição passiva enquadram-se como “substitutas tributárias”: a “Gillette”, por força da previsão contida nos Artigos 237, 275 e 276, Anexo IX, do RICMS/96 (advinda do Convênio ICMS 76/94 e dos Protocolos ICMS 16/85 e 18/85), e a “Santa Tereza”, por determinação da Cláusula Primeira dos Termos de Acordo nºs. 12.98.3272-4 (fls. 43) e 12.00.3818-4 (fls. 51).

Resta, então, a discussão envolvendo o alcance dos mencionados Regimes Especiais/Termos de Acordo nº 12.98.3272-4 - PTA nº 16.000012732.61 (fls. 39/48 - efeitos de 25/06/1998 a 12/03/2000) e nº 12.00.3818-4 - PTA nº 16.000043639.61 (fls. 49/56 - vigência a contar de 13/03/2000), firmados com a Coobrigada “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.- Inscrição Estadual nº 186.641937.0046”, e de sua interferência na exigência do ICMS/ST em questão.

Num ponto há de se dar razão ao Fisco: de fato, os aludidos acordos não eximiram a responsabilidade da Autuada pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária nas remessas das mercadorias do Convênio ICMS 76/94 (e dos Protocolos ICMS 16/85 e 18/85) para Minas Gerais, na condição de “substituta”.

Isto, inclusive, foi expressamente previsto na norma regente de tal tributo - Artigo 237, § 4º, Anexo IX, do RICMS/96 (fls. 906 - efeitos a contar de 15/06/98), bem como no Comunicado SRE nº 030/98 (fls. 905), sendo que os próprios acordos estabeleceram os procedimentos pertinentes à recuperação do ICMS retido quando da entrada no estabelecimento da dita Acordante (Cláusulas Décima à Décima Segunda - fls. 44/45 e 53/54).

A hipótese de celebração de tais pactos foi instituída na legislação mineira, principalmente, como forma de controle das operações com medicamentos e de outros produtos, que, após a denegação do Estado de São Paulo ao Convênio ICMS 76/94, passaram a ter o pagamento do ICMS/ST exigido no momento de sua entrada em território mineiro, nos casos de sua aquisição sem a retenção do imposto (Artigo 237, § 1º, Item 4, Anexo IX, do RICMS/96 - fls. 89 e 105). E a Autuada, por ser estabelecida no Rio de Janeiro, nunca perdeu sua titularidade em relação à ST em comento.

No entanto, há outras circunstâncias que militam a favor das Litigantes. Inicialmente, pela leitura da Cláusula Primeira de tais acordos (fls. 43 e 51), vê-se que a atribuição de responsabilidade à Coobrigada, na condição de substituta, pela retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes saídas em território mineiro, aplicou-se a todos os produtos sujeitos à substituição tributária, e não apenas àqueles

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arrolados no Artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96. Como já dito, tal instrumento conciliatório previu, inclusive, a hipótese de recuperação do imposto por parte de sua signatária, no caso de recebimento de mercadoria com o tributo já retido (fls. 44/45 e 53/54).

E, consoante os documentos juntados por provocação da AF/Contagem (fls. 157/300, 302/600 e 602/733; amostragem de notas fiscais às fls. 747/881), tem-se que a “Santa Tereza”, durante parte do intervalo fiscalizado (de “outubro de 1999 a junho de 2000”), cumpriu os referidos acordos, promovendo o recolhimento do ICMS/ST referente às saídas de todos os produtos sujeitos à tal modalidade de tributação.

Outro ponto que merece atenção é o fato de que o Fisco, ao elencar no pólo passivo ambas as empresas - a remetente carioca “Gillette” e a destinatária mineira “Santa Tereza”, reconheceu a solidariedade das mesmas pelo cumprimento da obrigação do pagamento do ICMS/ST em pauta. E, como tal responsabilidade não comporta benefício de ordem (Artigo 124, Inciso I e Parágrafo Único, do CTN), os pagamentos feitos por esta última para o citado interstício (DAEs de fls. 157, 189, 257, 344, 421, 496, 569, 620 e 677, trazidos aos autos a pedido da própria fiscalização) não podem ser desprezados, principalmente em virtude deles terem ocorrido antes da ação fiscal.

Diante disso, e considerando que o Fisco não traz aos autos qualquer comprovação de que os ditos recolhimentos do ICMS/ST, promovidos pela Coobrigada pelas subseqüentes saídas internas de produtos sujeitos à substituição tributária (e que seriam, originalmente, de incumbência da Autuada), ocorreram em valores inferiores aos devidos, resta prejudicada a cobrança dos mesmos, cabendo a exclusão do imposto exigido para os referidos períodos (de “10/1999 a 06/2000”). Aliás, este tributo ora expurgado, cobrado da “Gillette” e da “Santa Tereza”, corresponde exatamente àquele imposto passível de recuperação por parte desta última empresa, conforme prevê a Cláusula Décima dos citados acordos (fls. 44 e 53).

Oportuno destacar que, não obstante a decisão desta Corte reiteradamente mencionada pelo Fisco (Acórdão nº 14.357/00/1ª - fls. 92/93, 109/110 e 908/910), tal matéria já foi objeto de outros julgados que foram desfavoráveis à Fazenda Pública (Acórdãos nºs. 14.088/00/3ª e 14/789/01/3ª). Além disso, o tema também já foi apreciado pela Câmara Especial deste Conselho, que manteve a sentença primitiva pelo não acatamento da exigência do ICMS/ST junto à remetente, no caso de remessa de mercadoria para empresa mineira detentora de Termo de Acordo firmado com a SEF/MG (Acórdão nº 2.861/03/CE), desde que, logicamente, a Acordante tenha cumprido todas as obrigações contidas em tal instrumento (o que, no caso, ocorreu somente no lapso de “outubro de 1999 a junho de 2000”).

Já para os demais períodos contemplados na autuação (de “março a setembro de 1999”), a Coobrigada “Santa Tereza” não traz aos autos os comprovantes de recolhimento do ICMS/ST pelas “saídas” dos produtos adquiridos da “Gillette” em tais meses (intimação de fls. 155; recibo de entrega às fls. 156). Assim, e consoante informação obtida junto ao seu “conta-corrente fiscal” (Consulta/SICAF em anexo),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pode-se afirmar que não houve pagamento de imposto sob tal rubrica e, conseqüentemente, o Termo de Acordo nº 12.98.3272-4 não foi cumprido por tal empresa no dito intervalo. Não basta apenas que ela seja signatária de tal acordo para invalidar a cobrança do ICMS/ST em pauta, mas, também, que haja o pagamento desse imposto ao Erário mineiro. E, no caso, nenhuma das Envolvidas (nem a “Gillette”, nem a “Santa Tereza”) efetuou o recolhimento de tal imposto, para Minas Gerais, sobre as operações ocorridas nos meses de “março a setembro de 1999” e promovidas por meio das notas fiscais arroladas às fls. 11/12, com as alterações introduzidas às fls. 123/124.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais referentes ao período de outubro/99 a junho/00. Vencidos, em parte, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Relator) e Aparecida Gontijo Sampaio, que o julgavam parcialmente procedente, nos termos das reformulações de fls. 94/97 e 120/125. Designado relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva e pela Impugnante a Dra. Débora Rezende Aguiar Nunes. Participaram do julgamento, além dos supramencionados os Conselheiros Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 30/03/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

mlr