

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.772/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010106498-08 (Coob.), 40.010106404-87 (Aut.)
Impugnante: Gillette do Brasil Ltda. (Aut.) e Santa Tereza Comércio Importação e Exportação Ltda (Coob.)
Proc. S. Passivo: Flávio El-Amme Paranhos (Outros – Aut.)/Aci Heli Coutinho/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000138863-53
Inscr. Estadual: 048.670852.0071 (Aut.) e 186.641937.0127 (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 às notas fiscais às quais foram consideradas em outras autuações (AIs n.ºs. 02.000155744.46 e 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 a realização de 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, Impugnação às fls. 20/28 e 97/103, respectivamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA PRIMEIRA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Em acatamento parcial às peças defensórias dos sujeitos passivos, o crédito tributário é reformulado pelo Fisco (fls. 126; Quadro 1 - fls. 127/133; DCMM - fls. 134), com a exclusão das exigências relativas às Notas Fiscais n.ºs. 130.311, 131.279, 131.280 e 131.281, abarcadas, a primeira, pela autuação citada pela remetente “Gillette” - PTA n.º 02.000155744.46 (fls. 42/45), e, as três últimas, pela notificação mencionada pela destinatária “Santa Tereza” - PTA n.º 02.000255743.65 (fls. 115/117), que originaram, respectivamente, os Acórdãos n.ºs. 14.088/00/1ª e 14.357/00/1ª. Tal procedimento é devidamente cientificado ao patrono da Autuada (fls. 135) e à Coobrigada (fls. 95/96).

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, nas manifestações de fls. 136/142 e 143/151, refutando as alegações das Defendentes, requerendo a improcedência das impugnações.

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

A Auditoria Fiscal promove a *Diligência* de fls. 155, onde solicita ao Fisco esclarecimentos acerca do critério utilizado para a apuração das diferenças de ICMS/ST envolvendo os produtos “aparelhos de barbear e de depilação”, compostos por um “suporte durável” (*cabo*), onde é fixada a “*lâmina de barbear/depilar*”, ou seja, se a cobrança da ST incidiu sobre o conjunto “*suporte + lâmina de barbear/depilar*” ou apenas sobre este último item.

DA INTIMAÇÃO PROMOVIDA PELO FISCO

Dado o questionamento da Auditoria Fiscal sobre a incidência da substituição tributária em relação a parte dos produtos contemplados no feito, a Autuada é intimada a apresentar o “valor unitário” de cada *cartucho de lâmina de barbear/depilar* vendido juntamente com o “suporte durável” dos *aparelhos de barbear e de depilação* (fls. 157).

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. 158/159).

DA SEGUNDA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Modifica o Fisco seu entendimento quanto ao tratamento tributário dado aos *aparelhos de barbear e de depilação* 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 nova reformulação do crédito tributário (fls. 160/162; Quadro 1 anexo ao AI - fls. 164/170; DCMM - fls. 163), com o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“arbitramento” dos valores de tais *lâminas de barbear/depilar*, obtidos mediante pesquisa de preços junto a diversos revendedores destes produtos (fls. 172/186).

Melhor dizendo, verificou-se junto ao mercado varejista o valor unitário de cada tipo de *cartucho* isoladamente e o do conjunto por ele formado com o respectivo *suporte durável* (intitulado como “aparelho de barbear/depilação”), e, em seguida, apurou-se a proporção entre o preço do primeiro em relação ao segundo, obtendo-se o índice percentual denominado “FAT - Fator de Participação do Cartucho de Lâminas Descartáveis no Preço dos Conjuntos Comercializados” (planilha de fls. 171).

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. 170), expurgando, assim, a cobrança havida sobre o dito *suporte durável*, remanescendo um ICMS/ST na ordem de R\$ 310.375,99 (fls. 170).

Tais modificações (relatadas pelo Fisco às fls. 199/200) são devidamente científicas aos mandatários da “Gillette” (fls. 187/188) e ao estabelecimento autuado da “Santa Tereza” (fls. 190/191), sobre as quais ambas se limitaram, apenas, em ratificar os argumentos trazidos em suas respectivas peças impugnatórias (fls. 189 e 197). Apesar da referida “intimação” à Coobrigada não ter sido dirigida aos seus procuradores (como prevê o Artigo 143, *Caput*, da CLTA/MG, no pronunciamento de fls. 197 eles demonstram ter tido conhecimento do aludido ato processual.

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

É deliberada pela Auditoria Fiscal a *Diligência* de fls. 202, 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 12.98.3273-4 - PTA nº 16.000012738.30 (fls. 77/85) e nº 12.00.3819-4 - PTA nº 16.000043637.08 (fls. 86/93), 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. 203). 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. 205/300, 302/600 e 602/864).

A unidade fazendária de Contagem intervém novamente junto à mencionada empresa (fls. 865), visando a apresentação de cópias de diversas notas fiscais emitidas no intervalo fiscalizado, no que é plenamente atendida, conforme documentos anexados às fls. 878/900 e 902/961 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA ABERTURA DE VISTA AOS SUJEITOS PASSIVOS

Em função da juntada dos documentos de fls. 205/300, 302/600, 602/864, 878/900 e 902/961, é concedida “vista” dos autos aos procuradores das Envolvidas (“Gillette” - fls. 963/964 e 966; “Santa Tereza” - fls. 965 e 967), que resulta apenas na intervenção da Autuada de fls. 978/980.

DO NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA

Vem aos autos novamente a Autuada (fls. 978/980), e tece comentários sobre a referida documentação trazida aos autos por solicitação da repartição fazendária de Contagem.

DAS CONTRA-RAZÕES DO FISCO

Nas assertivas de fls. 984/992, 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. 978/980 e ao final, pede pela procedência do lançamento.

DO PARECER DA AUDITORIA FISCAL

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 994/1005, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade da peça fiscal, e quanto ao mérito, pela procedência parcial do lançamento, com a exclusão das exigências fiscais relativas aos períodos de “outubro de 1999 a junho de 2000”.

DECISÃO

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. 99/100).

Contudo, não lhe assiste razão, pois, pela simples leitura do Auto de Infração e de seus anexos (fls. 02/03, 06/09), 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. 103).

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. 10/16, alterado às fls. 127/133 e 164/170), 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. 12.98.3273-4 (fls. 77/85) e 12.00.3819-4 (fls. 86/93), celebrados com a Destinatária/Coobrigada, retiraram da Remetente/Atuada 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 “*Sensor Excel*” (código 24.597) e os “aparelhos de depilação” do tipo “*Sensor Excel for Women*” (código 24.601), a que se refere a NF n.º 181.621, de 18/02/2000 (descrita no Anexo 1 do AI - fls. 15, alterado às fls. 169), o Fisco, após *Diligência* da Auditoria Fiscal (fls. 155), ajustou a base de cálculo correspondente aos mesmos, restringindo a apuração do ICMS/ST ao produto “*lâmina de barbear/depilar (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. 160/171).

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 e de depilação” do tipo *descartáveis*, e sobre todas as “lâminas de barbear/depilar”, inclusive aquelas que acompanham o *suporte durável* de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 e de depilação” (*descartáveis ou não*).

Relativamente à apuração dos valores correspondentes aos aludidos *cartuchos de lâminas de barbear/depilar*, por ter a mencionada empresa “Gillette” se furtado em fornecê-los, agiu corretamente o Fisco no “arbitramento” dos mesmos e na apuração do percentual de sua participação sobre o preço do *aparelho de barbear e de depilação* (formado pelo conjunto “*suporte durável + lâmina*” - fls. 171/186). 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. 12.98.3273-4 (fls. 80) e 12.00.3819-4 (fls. 88).

Resta, então, a discussão envolvendo o alcance dos mencionados Regimes Especiais/Termos de Acordo nº 12.98.3273-4 - PTA nº 16.000012738.30 (fls. 77/85 - efeitos de 25/06/1998 a 12/03/2000) e nº 12.00.3819-4 - PTA nº 16.000043637.08 (fls. 86/93 - vigência a contar de 13/03/2000), firmados com a Coobrigada “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.- Inscrição Estadual nº 186.641937.0127”, 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. 987 - efeitos a contar de 15/06/98), bem como no Comunicado SRE nº 030/98 (fls. 986), 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. 82/83 e 90/91).

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. 138, 139 e 145). E a Autuada, por ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 80 e 88), 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 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. 82/83 e 90/91).

E, consoante os documentos juntados por provocação da AF/Contagem (fls. 205/300, 302/600 e 602/864; amostragem de notas fiscais às fls. 878/900 e 902/961), 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. 205, 255, 324, 418, 491, 564, 640, 700 e 773, 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. 82 e 90).

Oportuno destacar que, não obstante a decisão desta Corte reiteradamente mencionada pelo Fisco (Acórdão nº 14.357/00/1ª - fls. 141/142, 149/150 e 989/991), 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 203; recibo de entrega às fls. 204). Assim, e consoante informação obtida junto ao seu “conta-corrente fiscal” (Consulta/SICAF em anexo), pode-se afirmar que não houve pagamento de imposto sob tal rubrica e, conseqüentemente, o Termo de Acordo nº 12.98.3273-4 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. 10/14, com as alterações introduzidas às fls. 127/131 e 164/168.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição 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. 126/133 e 160/170. Designado relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Participou, também, do julgamento o Conselheiro Antônio César Ribeiro. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva e pela Impugnante a Dra. Débora Rezende Aguiar Nunes. Decisão sujeita ao Recurso de Ofício, conforme disposto no art.139 da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual, conforme disposto no § 5º, art. 137 do mesmo diploma legal.

Sala das Sessões, 30/03/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

MLR