

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.773/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010106217-41 (Aut.) e 40.010106439-40 (Coob.)
Impugnante: Gillette do Brasil Ltda. (Aut.) e Santa Tereza Comércio Importação e Exportação (Coob.)
Proc. S. Passivo: Aci Heli Coutinho (Coob.) - Flávio El-Amme Paranhos/Outro(s) (Aut.)
PTA/AI: 01.000138857-72
Inscr. Estadual: 048.670852.0071 (Aut.) e 186.641937.0208 (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 diversas mercadorias, promovidas pela Autuada com destino ao estabelecimento da Coobrigada. Excluídos, pelo Fisco, os valores de ICMS/ST e MR/ST referentes ao suporte durável que compõe os “aparelhos de barbear e de depilação”, por falta de previsão legal para tal cobrança durante o período fiscalizado. Face ao recolhimento do ICMS/ST promovido pela Coobrigada, na condição de substituta tributária, pelas subseqüentes saídas dos referidos produtos em território mineiro, nos moldes do Regime Especial/Termo de Acordo nº 12.00.3820-4, firmado com a SEF/MG, mostram-se indevidas as exigências fiscais remanescentes no feito. Lançamento improcedente. 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 “01/05/2000 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. 14/25 e 81/87, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 72/80 e 107/114.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

A Auditoria Fiscal promove a *Diligência* de fls. 118, onde solicita ao Fisco esclarecimentos acerca do critério utilizado para a apuração das diferenças de ICMS/ST envolvendo os produtos citados pela Autuada às fls. 16 dos autos, 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 autuados, 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. 120).

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. 121/122).

DA 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 (fls. 22).

Com isto, é promovida a reformulação do crédito tributário (fls. 123/124; Quadro 1 anexo ao AI - fls. 126/127; DCMM - fls. 125), com o “arbitramento” dos valores de tais *lâminas de barbear/depilar*, obtidos mediante pesquisa de preços junto a diversos revendedores destes produtos (fls. 130/146).

Tais modificações (relatadas pelo Fisco às fls. 153/154) são devidamente científicas aos mandatários da “Gillette” (fls. 147/148) e ao estabelecimento autuado da “Santa Tereza” (fls. 149/150), 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. 151).

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

Face ao defeito na intimação a uma das Envolvidas sobre a dita reformulação do crédito tributário, promovida pelo Fisco diretamente à Coobrigada e não aos seus procuradores (fls. 149/150), como prevê o Artigo 143, *Caput*, da CLTA/MG, é deferida a *Diligência* de fls. 156 pela Auditoria Fiscal, onde é solicitada a comunicação do referido ato administrativo a quem de direito. Tal demanda é prontamente atendida, conforme documentos de fls. 157/158.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA TERCEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

É deliberada pela Auditoria Fiscal a *Diligência* de fls. 160, onde é solicitado à Administração Fazendária de Contagem que informe se a empresa “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.” (Coobrigada) cumpriu o Termo de Acordo nº 12.00.3820-4 - PTA nº 16.000043638.81 (fls. 40/47), recolhendo o 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 pelo aludido acordo, com a indicação das notas fiscais a eles correspondentes (fls. 161). 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 “dezembro de 1999 a junho de 2000” (fls. 163/300 e 302/347).

A unidade fazendária de Contagem intervém novamente junto à mencionada empresa (fls. 348), visando a apresentação de cópias de diversas notas fiscais emitidas no intervalo fiscalizado, no que é plenamente atendida, conforme documentos anexados às fls. 361/453 dos autos.

DA ABERTURA DE VISTA AOS SUJEITOS PASSIVOS

Diante da juntada dos documentos de fls. 163/300, 302/347 e 361/453, é concedida “vista” dos autos aos procuradores das Envolvidas (fls. 455/460), que resulta apenas na intervenção da Autuada de fls. 470/472.

DO NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA

Vem aos autos novamente a Autuada (fls. 470/472), e tece comentários sobre as informações prestadas pela repartição fazendária de Contagem às fls. 454, envolvendo a referida documentação trazida aos autos por provocação do Fisco.

DAS CONTRA-RAZÕES DO FISCO

Nas assertivas de fls. 474/484, 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. 470/472.

Volta a discordar da tese defendida pela “Gillette” de que o Termo de Acordo nº 12.00.3820-4, firmado com a “Santa Tereza”, a desobriga do recolhimento do ICMS/ST incidente sobre as saídas de produtos abrangidos pelo Convênio ICMS 76/94 e pelos Protocolos ICMS 16/85 e 18/85.

Observa que a Cláusula Primeira do dito acordo, apesar de atribuir à Acordante (no caso, a “Santa Tereza Ltda.”) a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes saídas em território mineiro, não autorizou a aquisição dos produtos sem a retenção do ICMS/ST, o que se confirma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

diante da previsão de “recuperação” do imposto retido nas entradas, contida na Cláusula Décima deste acordo (fls. 477).

Ressalta que, por conveniência e interesse, a Coobrigada ignorou o Comunicado SRE nº 030, de 14/07/1998 (onde o Fisco mineiro deixa claro que o mencionado acordo não alcançava a “Gillette”, domiciliada no Rio de Janeiro), bem como desprezou o disposto no § 4º do Artigo 237, Anexo IX, do RICMS/96, que manteve a condição de “substituto tributário” ao contribuinte estabelecido em outro Estado.

Considera que o Termo de Acordo nº 12.00.3820-4 não tem poderes para derogar a aludida previsão regulamentar, e nem para modificar a responsabilidade pelo ICMS/ST estabelecida nos Artigos 275 e 276 do Anexo IX do citado Regulamento (fls. 479/480).

Informa que a “Santa Tereza”, desde o mês de agosto de 1998, é signatária de “termos de acordo” envolvendo o ICMS/ST - nº 12.98.3273-4 (fls. 98/103), sucedido pelo de nº 12.00.3820-4 (fls. 42/47) - e que a abrangência da Cláusula Primeira de tais instrumentos já foi objeto de análise por esta Casa, como no Acórdão nº 14.357/00/1ª (fls. 481/483), cuja sentença foi unânime a favor do Fisco.

Argúi que, mesmo se a empresa mineira tiver recolhido o imposto devido pelas suas subseqüentes operações internas, isto não retira da Autuada a obrigação original do pagamento do ICMS/ST, exigido na presente ação fiscal. Caso contrário, estar-se-ia negando o instituto da substituição tributária e criando enormes dificuldades na conferência da aplicação dos percentuais de margem de agregação para cálculo do aludido imposto. Acrescenta, ainda, que, na hipótese da Coobrigada entender que quitou indevidamente o imposto, cabe a ela pleitear a restituição de tal indébito, nos moldes da legislação própria (como sentenciado por esta Corte no Acórdão nº 15.944/02/1ª).

Ao final, pede pela procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 486/497, opina pela improcedência 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.

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. 87).

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. 09/10, alterado às fls. 126/127), 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 “01/05/2000 a 30/06/2000”.

Ao se defenderem, as Impugnantes contestam a cobrança do ICMS/ST, sob o argumento de que o Termo de Acordo nº 12.00.3820-4 (fls. 42/47), celebrado com a Destinatária/Coobrigada, retirou da Remetente/Autuada a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária nas operações autuadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta última Litigante também repudia a exigência do imposto sobre os “aparelhos de barbear” dos tipos “*Sensor Excel*” (código 24.597) e “*GII*” (cód. 21.265), e os “aparelhos de depilação” do tipo “*Sensor Excel for Woman*” (código 24.601), por qualificar tais produtos como “duráveis” e, não, “descartáveis”, sendo recarregados com o respectivo “*cartucho de lâmina de barbear/depilar*”, não se sujeitando, com isso, à dita sistemática de tributação durante o período fiscalizado.

No que tange à referida discordância da Autuada acerca da incidência do imposto sobre os “aparelhos de barbear e de depilação”, o Fisco, após *Diligência* da Auditoria Fiscal (fls. 118), 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. 123/127). Tais itens constituem os “*aparelhos de barbear e de depilação não descartáveis*” citados pela “Gillette”.

Assim, o levantamento fiscal adequou-se à legislação de regência da matéria vigente durante o intervalo examinado (Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 16/85, transcrita às fls. 22 - 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 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. 128/146). 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 n.º 6.763/75). E não cabe nem 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 do Termo de Acordo n.º 12.00.3820-4 (fls. 40).

Resta, então, a discussão envolvendo o alcance do Regime Especial/Termo de Acordo n.º 12.00.3820-4 - PTA n.º 16.000043638.81 (fls. 40/47), firmado com a Coobrigada “Santa Tereza Comércio, Importação e Exportação Ltda.- Inscrição Estadual n.º 186.641937.0208” (vigente a contar de 13/03/2000), e de sua interferência na exigência do ICMS/ST em questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Num ponto há de se dar razão ao Fisco: de fato, o aludido acordo não eximiu 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. 479 - efeitos a contar de 15/06/98), bem como no Comunicado SRE n.º 030/98 (fls. 478), sendo que o próprio acordo estabeleceu os procedimentos pertinentes à recuperação do ICMS retido quando da entrada no estabelecimento da dita Acordante (Cláusulas Décima à Décima Segunda - fls. 44/45).

A hipótese de celebração de tais pactos foi instituída na legislação mineira, principalmente, como forma de controle das operações com medicamentos e 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. 75 e 109). 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 tal acordo (fls. 40), 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. 44/45).

E, consoante os documentos juntados por provocação da AF/Contagem (fls. 163/300 e 302/347; amostragem de notas fiscais às fls. 361/453), tem-se que a “Santa Tereza” cumpriu fielmente o aludido acordo, promovendo o recolhimento do ICMS/ST referente às saídas de todos os produtos sujeitos à tal modalidade de tributação no período fiscalizado.

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 (DAEs de fls. 163, 189, 212, 236, 267, 288 e 316, 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 recolhimentos do ICMS/ST, promovidos pela Coobrigada pelas subseqüentes saídas internas de produtos sujeitos à substituição tributária (e que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seriam, originalmente, de incumbência da Autuada), ocorreram em valores inferiores aos devidos, resta prejudicada a cobrança dos mesmos, consubstanciada no presente feito. Aliás, o tributo ora exigido da “Gillette” e da “Santa Tereza” corresponde exatamente àquele imposto passível de recuperação por parte desta última empresa, conforme prevê a Cláusula Décima do citado acordo (fls. 44).

Oportuno destacar que, não obstante a decisão desta Corte reiteradamente mencionada pelo Fisco (Acórdão n.º 14.357/00/1ª - fls. 77/78, 112/113 e 481/483), tal matéria já foi objeto de outros julgados que foram desfavoráveis à Fazenda Pública (Acórdãos n.ºs 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 n.º 2.861/03/CE), desde que, logicamente, a Acordante tenha cumprido todas as obrigações contidas em tal instrumento.

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 improcedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Relator) e Aparecida Gontijo Sampaio, que o julgavam parcialmente procedente, nos termos da reformulação de fls. 123/127. Designado relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente Dra. Débora Rezende Aguiar Nunes e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva. 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. Participou, também, do julgamento o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 30/03/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

MLR