

Acórdão: 15.774/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010106427-90 (Aut.) e 40.010106499-81 (Coob.)
Impugnante: Gillette do Brasil Ltda. (Aut.) e Arcom S/A (Coob.)
Proc. S. Passivo: Flávio El-Amme Paranhos/Outro(s) (Aut.) e Antônio Carlos da Silva Martins/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000138866-80
Inscr. Estadual: 048.670852.0071 (Aut.) e 702.027072.0090 (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 aos documentos fiscais objeto de outras autuações similares, e as exigências de ICMS/ST e MR 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 remanescentes por ter havido o cumprimento dos Termos de Acordo n.º 12.98.3273-4 e 12.00.3819-4 por parte da Coobrigada. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre operações de saídas com destino à Coobrigada, estabelecida neste Estado, no intervalo de “01/06/1998 a 31/05/2000”, 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, a partir de 01/08/1998, 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. 19/31 e 162/169, respectivamente.

DA PRIMEIRA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Em acatamento parcial às peças defensórias da Autuada e da Coobrigada, o crédito tributário é reformulado pelo Fisco (fls. 320; Quadro 1 - fls. 321/323; DCMM - fls. 341), com o expurgo das notas fiscais n.ºs. 042.334, 053.171, 056.980, 056.981,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

058.161, 058.166, 058.167, 058.168, 058.185, 058.186, 058.202, 058.203, 059.033, 065.958 e 065.959, englobadas nas autuações citadas pelos sujeitos passivos cujas exigências foram recolhidas. Tal procedimento é devidamente comunicado aos patronos das Envolvidas (fls. 316/317, 318/319 e 336).

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, nas manifestações de fls. 342/349 e 350/358, refuta as alegações das Defendentes e requer a improcedência das impugnações.

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

A Auditoria Fiscal promove a *Diligência* de fls. 362, onde solicita ao Fisco esclarecimentos acerca do critério utilizado para a apuração das diferenças de ICMS/ST envolvendo o produto citado pela Autuada às fls. 21 dos autos, 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

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* vendido juntamente com o “suporte durável” do *aparelho de barbear* (fls. 364).

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. 365/366).

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 (fls. 28).

Com isto, é promovida a reformulação do crédito tributário (fls. 367/371; Quadro 1 anexo ao AI - fls. 373/376; DCMM - fls. 372), com o “arbitramento” dos valores de tais *lâminas de barbear*, obtidos mediante pesquisa de preços junto a diversos revendedores destes produtos (fls. 378/392).

Tais modificações são devidamente científicas aos mandatários dos sujeitos passivos (fls. 393/396), sobre as quais a Coobrigada se furtou de qualquer pronunciamento, enquanto a Autuada se limitou, apenas, em ratificar os argumentos trazidos em sua peça impugnatória (fls. 397).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

É deliberada pela Auditoria Fiscal a *Diligência* de fls. 402, onde é solicitado à Administração Fazendária de Uberlândia que informe se a empresa “Arcom Comércio, Importação e Exportação Ltda.” (Coobrigada) cumpriu o Termo de Acordo nº 10.98.3224-4 - PTA nº 16.000012324.24 (fls. 241/247), recolhendo o ICMS/ST nas saídas internas dos produtos contemplados pelo Convênio ICMS 76/94.

Em resposta, a referida unidade fazendária, no relato de fls. 404/405, esclarece que o dito contribuinte atacadista mineiro cumpriu o aludido acordo desde o início de sua vigência (15/06/1998), ou seja, efetuou a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em razão das operações internas de mercadorias sujeitas a tal regime. Para tanto, junta, por amostragem, cópia de notas fiscais de saídas de alguns produtos (“*cartuchos de lâminas de barbear, escovas dentifrícias, fio dental, etc.*” - fls. 406/440), onde se constata o correto destaque do ICMS/ST.

DO INTERLOCUTÓRIO DA AUDITORIA FISCAL

Determina a Auditoria Fiscal o *Interlocutório* de fls. 443, onde concede “vista” dos autos aos patronos das Impugnantes, em face da anexação dos documentos de fls. 404/440 pela Administração Fazendária de Uberlândia. Após as intimações aos respectivos mandatários (fls. 444/447), a Coobrigada e a Autuada comparecem à lide para obtenção de cópia da referida documentação (fls. 448/450 e 451/452), sendo que esta última também se manifesta sobre a mesma (fls. 453/455).

DO NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA

Vem aos autos novamente a Autuada (fls. 453/455), e tece comentários sobre as informações prestadas pela repartição fazendária de Uberlândia às fls. 404/405 e pede pelo cancelamento da presente cobrança, principalmente por não ter havido qualquer dano ao Erário mineiro.

DA ÚLTIMA DILIGÊNCIA DA AUDITORIA FISCAL

Visando assegurar o pleno contraditório, é deferida pela Auditoria Fiscal a *Diligência* de fls. 457, para a abertura de “vista” aos Fiscais Autuantes acerca da anexação dos documentos de fls. 404/440, realizada pela AF/Uberlândia, bem como em função do pronunciamento da Autuada de fls. 453/455.

DAS CONTRA-RAZÕES DO FISCO

Nas assertivas de fls. 459/467, vem mais uma vez o Fisco discordar da tese defendida pela Autuada de que o Termo de Acordo nº 10.98.3224-4, firmado com a Coobrigada, a desobriga do recolhimento do ICMS/ST incidente sobre as saídas de produtos abrangidos pelo Convênio ICMS 76/94 e pelos Protocolos ICM 16/85 e 18/85, transcreve a decisão deste Conselho proferida no Acórdão n.º 14.357/00/1ª, e protesta pela procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 469/480, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

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 “Arcom Comércio Import. e Export. S/A” (Coobrigada) no lapso de “01/06/1998 a 31/05/2000”.

Ao se defenderem, as Impugnantes apontam várias notas fiscais contempladas por outras autuações e contestam a cobrança do ICMS/ST, sob o argumento de que o Termo de Acordo nº 10.98.3224-4 (fls. 241/247), celebrado com a Destinatária/Coobrigada, retirou da Remetente/Atuada a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária nas operações autuadas.

Esta última Litigante também repudia a exigência do imposto sobre os “aparelhos de barbear” do tipo “*Sensor Excel*” (código 24.597), por qualificar tal produto como “durável” e, não, “descartável”, sendo recarregado com o respectivo “*cartucho de lâmina de barbear*”, não se sujeitando, com isso, à dita sistemática de tributação durante o período fiscalizado.

O Fisco, por sua vez, acata parcialmente tais argumentações, com a exclusão dos documentos fiscais cuja cobrança do ICMS foi abarcada por notificações anteriores já quitadas (fls. 52/74 e 262/285), conforme reformulação de fls. 320/323 e 341. Tal medida não ocorreu somente em relação à NF nº 063.041, cujo PTA correspondente (02.000135807.41) não foi pago e nem submetido a julgamento definitivo na seara administrativa, tendo sido arquivado em fase preliminar (fls. 255/261).

E, no que tange à discordância da Autuada acerca da incidência do imposto sobre os “aparelhos de barbear”, o Fisco, após *Diligência* da Auditoria Fiscal (fls. 362), 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 (segunda reformulação de fls. 367/376). Tais itens constituem os “*aparelhos de barbear 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. 28 - 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 apuração do percentual de sua participação sobre o preço do *aparelho de barbear* (formado pelo conjunto “*suporte durável + lâmina*” - fls. 377/392). Aliás, tal procedimento sequer foi contestado pela dita Envolvida.

Resta, então, a discussão envolvendo o alcance do Regime Especial/Termo de Acordo nº 10.98.3224-4 - PTA nº 16.000012324.24 (fls. 241/247), firmado com a Coobrigada “Arcom Comércio Importação e Exportação Ltda.” (vigente a contar de 15/06/1998), e de sua interferência na exigência do ICMS/ST em questão.

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. 346 - efeitos a contar de 15/06/98), bem como no Comunicado SRE nº 030/98 (fls. 346), 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. 243/244).

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. 352/353). 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. Primeiramente, pela leitura da Cláusula Primeira de tal acordo (fls. 241), 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. 243/244).

E, consoante as informações prestadas pela AF/Uberlândia (fls. 404/405; amostragem de notas fiscais às fls. 406/440), tem-se que a “Arcom” 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 “Arcom”, 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 (confirmados pela própria fiscalização - fls. 404/405) 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 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 “Arcom” corresponde exatamente àquele imposto passível de recuperação por parte desta última empresa, conforme prevê a Cláusula Décima do citado acordo (fls. 243).

Oportuno destacar que, não obstante a decisão desta Corte reiteradamente mencionada pelo Fisco (Acórdão nº 14.357/00/1ª - fls. 347/348, 356/357 e 464/466), tal matéria já foi objeto de outros julgados, desfavoráveis à Fazenda Pública (Acórdãos nºs. 14.088/00/3ª e 14/789/01/3ª), bem como já foi apreciada 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).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, 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 das reformulações de fls. 320/340 e 368/376. Designado relator o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor). Sustentou oralmente 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