

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.362/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000431773-00
Impugnação: 40.010140482-21
Impugnante: Dstrimar Distribuidora Ltda. - ME
IE: 433269504.00-44
Proc. S. Passivo: Lucelho Marquez Diniz
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COSMÉTICOS/PERFUMARIA/HIGIENE PESSOAL – INTERDEPENDÊNCIA. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST devido pela Autuada, estabelecida neste estado, que, por razão de sua interdependência com o estabelecimento fornecedor, estava obrigada a recolher o imposto por substituição tributária na saída de seu estabelecimento, dos produtos referentes ao item 24, Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente, no art. 56, inc. II, § 2º, e art. 55, inciso VII, da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária (ICMS/ST), incidente sobre as operações de saída da Autuada, com mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

No relatório fiscal, consta que a obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/ST decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vigor Ltda, fornecedora exclusiva dos produtos “Garbus Hair”, sendo aplicável, por conseguinte o disposto nos art. 113 e art. 115, inciso IV, ambos do Anexo XV, do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente, no art. 56, inc. II, § 2º, e art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 116/132, com juntada de documentos de fls. 133/3.894.

Entendendo assistir razão em parte à Contribuinte, a Fiscalização reformula o crédito tributário às fls. 3.897/3.903.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aberta vista, a Autuada adita sua Impugnação às fls. 3.909/3.914, reiterando os argumentos já expendidos.

A Fiscalização se manifesta às fls. 3.916/3.954.

Por provocação do CC/MG (fl. 3.960), a Fiscalização concede novamente vista à Impugnante da manifestação fiscal, especificamente das fls. 3.923, nos termos do art. 140 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

A Impugnante não se manifesta, sendo o PTA remetido para julgamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Em preliminar, alega a Autuada que o entendimento majoritário na jurisprudência é que o processo administrativo é dispensável quando a exigência é feita com base nas apurações declaradas pelo contribuinte, devendo a autoridade administrativa, antes de aplicar a penalidade, notificar o sujeito passivo para efetuar o pagamento ou defender-se.

Tem-se, pois, que as questões suscitadas na preliminar não exibem nenhum erro pontual perpetrado pela Fiscalização, tampouco falha processual.

Lado outro, a legislação tributária não endossa a tese da Defesa. Dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

(...)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

Por oportuno, insta mencionar que todos os elementos indispensáveis à formação do crédito tributário foram criteriosamente observados pela Fiscalização, como por exemplo, a perfeita identificação do sujeito passivo, a indicação da fundamentação legal, a determinação da base de cálculo, alíquota aplicável, inexistindo qualquer vício que dificulte o direito de defesa ou a compreensão da infração cometida.

Quanto ao argumento da Impugnante de que a Fiscalização cometeu equívoco nas análises das informações dos itens e suas classificações tributárias, ignorando toda cadeia tributária recolhida pelos fornecedores, insta informar que isso representa mérito do lançamento e assim será analisado.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 129.

Segundo a doutrina, “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RPTA:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relato, a autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária (ICMS/ST), incidente sobre as operações de saída da Autuada, empresa atacadista, com mercadorias constantes do item 24, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02.

A Fiscalização sustenta o lançamento, destacando que a obrigação da Autuada pelo pagamento do ICMS/ST decorre da constatação da interdependência entre ela e a empresa Vigor Ltda., fornecedora exclusiva dos produtos “Garbus Hair”.

Por sua vez, consigna, em seu relatório, que a base legal do lançamento constitui os art. 113 e art. 115, inciso IV, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Nas situações de interdependência, a previsão é de deslocamento do pagamento do ICMS/ST para o destinatário. Transcreve-se a redação do art. 113, do Anexo XV, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 113. A substituição tributária não se aplica às operações realizadas entre estabelecimentos de empresas interdependentes com as mercadorias de que trata o item 24 da Parte 2 deste Anexo, exceto as operações que destinarem a mercadoria para estabelecimento varejista

Parágrafo único. Na hipótese de inaplicabilidade da substituição tributária prevista no caput, a responsabilidade pela retenção recairá sobre o estabelecimento destinatário interdependente, no momento em que este promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na análise das operações empreendidas entre as empresas, verificou a Fiscalização que a Vigor Ltda., fornecedora dos produtos Garbus Hair que compõem o objeto desta autuação, vendeu à Autuada nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, 62% (sessenta e dois por cento), 87% (oitenta e sete por cento) e 80% (oitenta por cento), respectivamente, do seu volume geral de vendas.

A venda acima de 50% (cinquenta por cento) do volume total comercializado faz surgir entre os estabelecimentos, remetente e destinatário relação de interdependência. É esse o comando do inciso IV, do art. 115, do Anexo XV, do RICMS/02, redação vigente à época, *in verbis*:

Art. 115. Para fins do disposto nos arts. 113 e 114 desta Parte, consideram-se estabelecimentos de empresas interdependentes quando:

Efeitos de 1º/08/2009 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/2009:

“IV - uma tiver vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% (vinte por cento), no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional, e mais de 50% (cinquenta por cento), nos demais casos, do seu volume de vendas;”

Outrossim, é patente a exclusividade da Autuada quanto aos produtos “Garbus Hair”.

À fl. 17 dos autos, a Fiscalização anexou a informação, obtida do sítio da Distrimar, de que esta opera como representante exclusiva dos produtos Garbus Hair (fabricados pela Vigor).

Também, a Autuada é a única destinatária desses produtos inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais.

Os demais destinatários em Minas Gerais, entre o período de 2012 a 2014 (anos em que se baseia a interdependência dos estabelecimentos), são pessoas físicas. E, além disso não receberam produtos “Garbus Hair”.

A comprovação desse último argumento consta da manifestação fiscal às fls. 3.924/3.925.

Focando os valores comercializados, traz a Fiscalização elementos que sustentam a assertividade da norma contida no art. 113, anteriormente transcrito.

É que o vínculo entre os estabelecimentos interdependentes e a adoção de preços quase fictícios entre eles compromete grosseiramente a apuração do ICMS/ST, aniquilando de vez a funcionalidade da substituição tributária.

No presente caso, o ICMS/ST retido não se aproxima do valor que deveria ter sido apurado se tivesse sido tomado como base de cálculo o preço praticado pelo estabelecimento atacadista, lembrando que na ST “para frente” é necessária a utilização de uma base de cálculo capaz de compor todos os ciclos de comercialização da mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, por esse motivo especialíssimo, o legislador cuidou em determinar uma base de cálculo que buscasse aproximar do preço praticado até o consumidor final.

Vale frisar, ainda que por amostragem, os preços praticados durante as etapas de comercialização dos produtos Garbus Hair fornecidos pela Vigor:

Produto	Preço de venda em 21/12/2015	
	NF n° 272 emitida pela Vigor (fl. 3.921)	NF n° 13.317 emitida pela Distrimar (fl. 3.922)
Condicionador banana e mel 350 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70
Condicionador cupuaçu 350 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70
Leave-in banana e mel 250 ml	R\$ 3,60	R\$ 11,70

Ademais, no varejo, o produto “Condicionador Banana e Mel 350 ml”, por exemplo, chega a ser vendido por aproximadamente R\$ 20,00 (vinte reais), conforme faz prova extrato da internet, fl. 3.923 dos autos.

Enfatize-se que, em que pese a Autuada comercializar produtos de outros fornecedores, é em relação à Vigor que se estabelece a relação de interdependência e, conseqüentemente, a obrigação de reter o ICMS/ST sobre os produtos por ela fornecidos, o que não foi feito.

Conforme se observa da planilha “Cálculo do ICMS/ST devido” gravada em mídia eletrônica, fl. 19 dos autos, a exigência fiscal está restrita aos produtos “Garbus Hair”, adquiridos do estabelecimento interdependente.

Veja-se que a Autuada equivocou-se ao analisar esta planilha, pois a base de cálculo da substituição tributária foi apurada somente em relação às mercadorias adquiridas diretamente da Vigor Ltda. para comercialização (shampoo, condicionador, leave-in, dentre outros).

As mercadorias adquiridas de fornecedores diversos não fazem parte desta autuação fiscal, sendo, por esse motivo, inoportuna a juntada de extensa documentação.

A despeito do substancial volume de documentos trazido na impugnação, fls. 159 a 3.896, a Fiscalização empreendeu análise detalhada e constatou que a Autuada não delimitou os documentos pertinentes a este lançamento.

A assertiva retro citada pode ser comprovada pelos documentos catalogados no quadro fiscal de fls. 3.946/3.952, comprovando que os documentos são, na quase totalidade, notas fiscais e comprovantes de pagamento do imposto emitidos por fornecedores diversos, que não guardam nenhuma relação com o feito fiscal.

No tocante à afirmação da Autuada de que o Fisco ignorou o recolhimento do ICMS/ST efetuado pelos fornecedores, também anexando documentação, a Fiscalização apresenta explicações detalhadas, a seguir.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como regra, a análise da Planilha “Demonstrativo do Crédito Tributário”, à fl. 110 dos autos, rechaça explicitamente esta alegação. Os valores de ICMS/ST destacados nas notas fiscais emitidas pela Vigor estão lançados na Coluna D da planilha e foram reduzidos dos valores de “ICMS devido” (coluna C).

Para promover a redução do imposto já pago a título de substituição tributária, a Fiscalização analisou o PGDAS da Autuada, bem como as notas fiscais emitidas pela Vigor. Assim, o valor expurgado do crédito tributário referiu-se, em um primeiro momento, apenas ao ICMS/ST destacado nas notas fiscais emitidas pela Vigor em junho de 2014 e no período de agosto de 2014 a dezembro de 2015.

Entretanto, entendendo assistir razão em parte à Contribuinte, a Fiscalização empreendeu novas consultas e constatou que a Autuada, nos períodos de junho de 2013 a dezembro de 2013, e fevereiro de 2014 a abril de 2014, efetuou pagamentos de ICMS/ST referentes às notas fiscais emitidas pela Vigor Ltda. em 2013 e 2014.

As telas do sistema SICAF da SEF/MG, que trazem a totalidade dos pagamentos efetuados pela Autuada durante o período contemplado no presente trabalho, bem como a análise de quais se referem ao ICMS/ST a serem deduzidos do lançamento (conforme reformulação fiscal já empreendida), constam dos autos às fls. 3.927/3.946.

Portanto, todos os valores recolhidos a título de substituição tributária referente às aquisições das mercadorias adquiridas da empresa Vigor Ltda., e que não foram observados pela Fiscalização na emissão deste lançamento, foram deduzidos do crédito tributário, mediante a emissão de novo demonstrativo do crédito tributário.

No tocante à contrariedade da Autuada acerca da substituição tributária “para frente”, considerando estar inclusa no regime simplificado de tributação “Simples Nacional”, tem-se, primeiramente, que o art. 150 da Constituição Federal/88 autoriza expressamente essa modalidade de substituição tributária.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já declarou pela constitucionalidade do referido instituto, dispensando, pois, maiores discussões.

Com efeito, o regime de substituição tributária também está previsto para as empresas optantes pelo Simples Nacional, tanto na condição de substitutas quanto na de substituídas.

O dispositivo abaixo, extraído da Lei Complementar nº 123/06, evidencia a obrigação das empresas do Simples Nacional de recolher o ICMS devido por ST, de forma segregada da receita total, sujeitando-se à legislação comum.

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII - ICMS devido:

a)- nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiado; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (grifou-se).

Dessa forma, não há que se falar em exigência em duplicidade. Ademais, foram excluídos do presente lançamento todos os recolhimentos efetuados a título de ST referentes às notas fiscais de entrada dos produtos "Garbus Hair" fornecidos pela Vigor durante os exercícios de 2013 a 2015. O novo crédito tributário, após alteração, está demonstrado às fls. 3.899 a 3.902.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que se refere à alegação da Autuada de que a penalidade imposta é ilegal e abusiva, ressalta-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que estão, expressamente, previstas na Lei nº 6.763/75.

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, ao art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 3.897/3.903. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 22 de novembro de 2016.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora

F