

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.164/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000397890-45
Impugnação: 40.010139844-62
Impugnante: SMG Industrial Ltda.
CNPJ: 04.475667/0001-00
Proc. S. Passivo: Valter Bianchi/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT/RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO-PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. Imputação fiscal de falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no estado de Santa Catarina, que por força do Protocolo ICMS nº 188/09 está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de “sardinhas em lata” para contribuintes deste estado, na condição de substituta tributária. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, cabe ao adquirente da mercadoria, substituído tributário, anular/estornar a diferença do crédito, caso a operação subsequente, beneficiada com redução de base de cálculo, exceder à 7% (sete por cento), nos termos do item 19, subitem 4, alínea “e” da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento ou retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, em operações com “sardinhas em conserva” (subitem 43.1.69 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), ocorridas no período de abril/12 a setembro/14, remetidas pela empresa Autuada, estabelecida no estado de Santa Catarina, contribuinte substituto tributário por força do Protocolo ICMS nº 188/09 (PRODUTOS ALIMENTÍCIOS), e destinadas a diversos contribuintes estabelecidos em Minas Gerais.

As retenções e recolhimentos efetuados a menor decorreram da não anulação, pelo Sujeito Passivo, do crédito da operação própria que excedia 7%, uma vez que para o cálculo do ICMS/ST, a subsequente saída interna com a mercadoria está beneficiada com a redução da base de cálculo prevista no item 19.4, alínea “b” da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 126/144.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 168/182.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento ou retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, em operações com sardinhas em conserva (subitem 43.1.69 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), ocorridas no período de abril/12 a setembro/14, remetidas pela empresa Autuada, estabelecida no estado de Santa Catarina, contribuinte substituta tributária por força do Protocolo ICMS nº 188/09 (PRODUTOS ALIMENTÍCIOS), e destinadas a diversos contribuintes estabelecidos em Minas Gerais.

As retenções e recolhimentos efetuados a menor decorreram da não anulação pelo sujeito passivo, do crédito da operação própria no que excedia 7% (sete por cento), uma vez que para o cálculo do ICMS/ST, a subsequente saída interna com a mercadoria está beneficiada com a redução de base de cálculo prevista no item 19, alínea “b” da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, e a anulação prevista no item 19, subitem 4 da Parte 1 do citado Anexo, observando-se que a mercadoria comercializada (sardinha em lata, item 50 da Parte 6 do Anexo IV), só passou a figurar como exceção à regra que prevê a anulação do crédito a partir de 30/09/14 com a inclusão do produto

na alínea “e” do referido item 19.4 pelo Decreto nº 46.609 de 29/09/14 que alterou o RICMS/02.

Exige-se o ICMS/ST, a Multa de Revalidação em dobro 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido capitulada no art. 56, inciso II, c/c com o § 2º, inciso I e a Multa Isolada de 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo do ICMS/ST, quando não consignada em documento fiscal, prevista no art. 55, inciso XXXVII ambos da Lei nº 6.763/75.

Conforme o relatório fiscal/contábil (item 7.1), os fundamentos que motivaram a autuação decorrem da alegação de que a Impugnante, “não efetuou a retenção e o recolhimento ou efetuou a retenção e recolhimento a menor do ICMS relativo às saídas subseqüentes (ICMS/ST), por ocasião das remessas a contribuinte mineiros, de “sardinhas em conserva” (subitem 43.1.69 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02)”.

E acrescenta ainda que: “As retenções e recolhimentos efetuados a menor decorreram da não anulação, no cálculo do ICMS/ST pelo sujeito passivo, do crédito da operação própria no que excedia 7% (sete por cento), conforme previsto no item 19.4, alínea “e” do Anexo IV do RICMS/02 (...)”.

Todavia, este é o ponto fulcral sobre o qual se assenta o primeiro equívoco e inconsistência na constituição do crédito tributário em questão. A legislação estadual é clara no sentido de que o dever de realizar a anulação/estorno do crédito tributário que exceder à 7% (sete por cento), quando for o caso, é do adquirente, e não do substituto tributário.

Tal raciocínio decorre de uma premissa lógica: a anulação/estorno do crédito tributário somente pode ser realizado na escrita fiscal do contribuinte detentor deste crédito, no caso, o adquirente, substituído tributário.

Se a legislação estabelece que o estorno/anulação do crédito deve ser realizada pelo adquirente, caso esta não ocorra, somente este pode ser responsabilizado por eventual recolhimento efetuado à menor na etapa seguinte da operação.

A substituta tributária, no caso a Impugnante, que não possui qualquer gerência e poder fiscalizatório sobre o seu cliente, o adquirente, substituído tributário, não pode ser responsabilizada por eventual descumprimento da norma por parte do adquirente, no caso, o não estorno/anulação do crédito em sua escrita fiscal.

Vale observar que, caso não tenha havido o estorno/anulação do crédito que excedeu a 7% (sete por cento) por parte do adquirente, tal suposta infração se deu após a concretização da operação e do recolhimento dos tributos devidos pela Impugnante na forma da legislação.

Necessário citar novamente o disposto na referida norma que deu origem ao presente Auto de Infração (item 19.4 da Parte 1, Anexo IV, RICMS/02), *in verbis*:

19.4 Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subseqüente com a mercadoria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

beneficiada com a redução, adquirente deverá efetuar a anulação do crédito (...).

Diante disso, verifica-se que a própria norma determina que a anulação/estorno do crédito deve ser realizada pelo adquirente, portanto não pode eventual infração à referida norma ser imputada à vendedora, no caso, a Impugnante, que na qualidade de substituta tributária recolheu os tributos por substituição tributária em conformidade com o disposto no art. 43 c/c item 19, alínea "b" do Anexo IV, ambos do RICMS/02.

Cumpra ainda salientar, que a Lei Complementar (LC) nº 87/96, que rege o ICMS, ao instituir a substituição tributária progressiva, estatuiu em seu art. 6º, que a lei estadual poderá atribuir ao contribuinte do imposto (no caso, o substituto tributário) a responsabilidade pelo seu pagamento.

Com isto, tem-se que se a própria Lei Complementar, estabelece que a responsabilidade da substituta tributária se limita ao recolhimento do ICMS/ST. Portanto, não há espaço para exigir da ora Impugnante a responsabilidade pela não anulação/estorno do crédito excedente, uma vez que não é responsável por esse recolhimento.

Nos termos da LC, a responsabilidade da substituta tributária se limita ao seu pagamento, assim, considerando que a "sardinha em lata" está sujeita à alíquota interna de ICMS de 12% (doze por cento) e, portanto, superior à 7% (sete por cento).

Pela legislação estadual então vigente, os adquirentes (substituídos tributários) deveriam estornar a diferença entre os 12% (doze por cento) e os 7% (sete por cento), ou seja, 5% (cinco por cento), que é a importância que está sendo exigida da ora Impugnante, por ter figurado como substituta tributária na operação.

É importante reiterar que as cargas tributárias da entrada e da saída, são idênticas, ou seja, 12% (doze por cento), não existindo diferença de tributação, em ambos os momentos.

Todavia, a pretensão da Fiscalização de limitar o abatimento do crédito do que exceder à 7% (sete por cento) viola o princípio da não-cumulatividade, que rege o ICMS, bem como o da razoabilidade.

Tal entendimento está em consonância com o exarado em decisão administrativa proferida recentemente pelo Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, no Auto de Infração nº 01.000260247-11.

No referido processo, semelhante aos presentes autos, a Autuada sediada neste estado, na qualidade de substituído tributário, adquiriu de outro estado produto alimentício (biscoitos), sujeito à substituição tributária, à alíquota de 12% (doze por cento) e deu saída também à alíquota de 12% (doze por cento), não estornando/anulando, na entrada, o crédito que excedeu à 7% (sete por cento), conforme determinava o item 19, subitem 4 do Anexo IV do RICMS/02.

Tendo sido autuada por não ter realizado o referido estorno/anulação do crédito que excedeu à 7%, (sete por cento) a Contribuinte impugnou o Auto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infração, e teve como decisão a improcedência do lançamento, em vista da flagrante violação ao princípio da não-cumulatividade.

Neste sentido, a infração apontada não encontra configurada, portanto cancelam-se as exigências apontadas, no Auto de Infração em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Maria Vanessa Soares Nunes (Relatora) e Marco Túlio da Silva, que o julgavam procedente. Designado relator o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Maurício Bianchi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além do signatário e, dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 08 de junho de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator designado

CS/

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------------|---|---------------|
| Acórdão: | 22.164/16/1 ^a | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 01.000397890-45 | |
| Impugnação: | 40.010139844-62 | |
| Impugnante: | SMG Industrial Ltda. CNPJ: 04.475667/0001-00 | |
| Proc. S. Passivo: | Valter Bianchi/Outro(s) | |
| Origem: | DGP/SUFIS - NCONEXT - RJ | |

Voto proferido pela Conselheira Maria Vanessa Soares Nunes, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O item 19 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 estabelece a redução de base de cálculo na saída, em operação interna, dos produtos alimentícios ali indicados. Impõe, também, em seu subitem 19.4, que o adquirente dessas mercadorias deverá estornar a parcela do crédito que exceder a 7% da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria, conforme se vê abaixo.

19.4 - Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subsequente com a mercadoria beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria, exceto relativamente aos seguintes produtos:

(...)

Ocorre, porém, que no caso dos autos, por se tratar de operação com mercadoria sujeita à substituição tributária, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída à remetente/Autuada, não há que se falar em aproveitamento de crédito por parte do adquirente e, conseqüentemente, em anulação de crédito por ele, cabendo, então, à substituta tributária (Autuada) observar as normas do estado de Minas Gerais, procedendo a anulação do crédito.

A determinação contida na citada norma é bastante clara ao dispor sobre o percentual de crédito que deve ser mantido, quando houver redução da base de cálculo de saída, ou seja, o crédito excedente à carga tributária de 7%, deve ser estornado, não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

importando se a saída dos produtos se dê com carga tributária de 12% ou 7%. Em qualquer uma das hipóteses não se admite crédito superior a 7%.

Portanto, o fato das entradas e saídas estarem sujeitas à mesma alíquota (12%) não retira da Autuada a responsabilidade do estorno de crédito, pois esse estorno está vinculado à redução da base de cálculo na saída interna, independente da alíquota aplicada.

É de se ressaltar, ainda, que a redução da base de cálculo é considerada uma isenção parcial e, sendo assim, o crédito deve ser estornado proporcionalmente à essa isenção parcial.

Daí, conclui-se que a anulação do crédito prevista no subitem 19.4 do Anexo IV não fere o princípio da não cumulatividade.

Sala das Sessões, 08 de junho de 2016.

**Maria Vanessa Soares Nunes
Conselheira**