

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.609/16/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168506-35
Recurso de Revisão: 40.060140317-57
Recorrente: DMA Distribuidora S/A
IE: 062678368.60-18
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Pedro Mergh Villas/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ISENÇÃO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE - LEITE PASTEURIZADO OU UHT. Constatou-se aproveitamento indevido de crédito de ICMS relativo à mercadoria para a qual há previsão de isenção do imposto nas saídas subsequentes, nos termos do item 13 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02. Exige-se ICMS, multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75. Infração embasada conforme dispõe o art. 31, inciso II da Lei nº 6.763/75, caracterizando a correção da cobrança da penalidade isolada. Cancelam-se as exigências de ICMS e multa de revalidação por comprovado o pagamento do imposto creditado, via saída tributada. Decisão anterior parcialmente reformada. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e parcialmente provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, no período de março de 2006 a dezembro de 2007, em virtude de aproveitamento indevido de créditos do imposto, destacados em notas fiscais relacionadas à aquisição de mercadorias (leite pasteurizado ou UHT), cujas saídas, em operações internas, tenham sido beneficiadas pela isenção.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista art. 56, II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, todos da lei nº 6.763/75.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.035/16/1ª, pelo voto de qualidade, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencidos os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Relator) e Maria Gabriela Tomich Freitas que o julgava improcedente.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 467/482, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

DECISÃO

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Conforme relatado, no lançamento em exame, a Fiscalização estornou os créditos do imposto indevidamente apropriados, março de 2006 a dezembro de 2007 os quais foram destacados em notas fiscais de aquisição de mercadoria (leite pasteurizado ou UHT), para a qual há previsão de isenção do imposto nas saídas subsequentes, nos termos do que prevê o item 13 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, *in verbis*:

ITEM	HIPÓTESES/CONDIÇÕES	EFICÁCIA ATÉ
(1818) 13	Saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo “A”, “B” ou “C” ou leite UHT (UAT), em embalagem que permita sua venda a consumidor final, produzidos no Estado, promovida por estabelecimento atacadista ou varejista.	Indeterminada

Efeitos de 20/04/2005 a 31/01/2011 - Redação dada pelo art. 2º, I, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.015, de 19/04/2005:

13	Saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo “A”, “B” e “C”, inclusive longa vida, promovida por estabelecimento varejista com destino a consumidor final.	Indeterminada
----	--	---------------

Isso resultou nas exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75.

De início, insta mencionar que não existe litigiosidade quanto à irregularidade apontada pela Fiscalização no Auto de Infração (fls. 03/04) de que a Contribuinte “(...) aproveitou indevidamente, a título de crédito, o imposto destacado em notas fiscais relacionadas à aquisição de mercadorias (leite pasteurizado), beneficiadas pela isenção nas saídas.

Tal fato, inclusive, é por diversas vezes assumido pela Recorrente ao mencionar no seu Recurso:

“Ou seja, em outras palavras, de fato houve o aproveitamento do crédito na entrada da mercadoria, o qual o ilustre Fiscal autuante pretende glosar (...)”

“(...) a Recorrente se debruçou em elaborar planilhas demonstrativas de todas as saídas do produto (...), cujos créditos aproveitados na entrada das referidas mercadorias foram glosados (...)”

“Portanto, é indene de dúvidas, (...), que a Recorrente logrou êxito em provar/demonstrar cabalmente que TODAS as saídas de leite pasteurizado, cujas entradas tiveram o crédito aproveitado pelo contribuinte e (...)” (negritou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, inexistente qualquer contenda quanto a utilização do crédito fiscal, via aproveitamento, de mercadorias isentas nas saídas, já se identifica, de primeiro plano, a correção da Fiscalização em exigir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

XIII - por utilizar indevidamente crédito fiscal relativo a:

(...)

b) operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, beneficiada com a isenção ou não-incidência - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação;

No tocante ao ICMS exigido nos autos, advoga a Recorrente que inexistente o pretense crédito tributário apurado, uma vez que, ainda que não tenha observado as disposições legais relativas ao estorno do crédito de ICMS aproveitado na aquisição das mercadorias (leite), tal fato não ensejou qualquer prejuízo ao erário, porque, da mesma forma, não observou a previsão de isenção nas saídas do leite. Ou seja, adotou a sistemática de apuração “crédito/débito”.

Por sua vez, não é contestado no acórdão recorrido que houve um pagamento indevido na saída, inclusive em valores superiores ao estorno efetuado (valores de entrada). Na decisão majoritária, foram mantidas as exigências de ICMS e correspondente multa de revalidação, sob o argumento de que não seria devida a ela, a contribuinte de direito, a possibilidade de repetição de indébito, via compensação.

Não obstante a coerência dos argumentos, a especificidade dos autos impõe também análise específica.

Primeiro, o fato de a mercadoria em tela ser o leite pasteurizado. Abordando conferência da margem de valor agregado da Recorrente, assim se posicionou a Fiscalização:

Cumpramos ressaltar que a margem de valor agregado é afetada diretamente pelo mercado consumidor que impulsiona o giro de estoques. Fatores como lançamento de novas marcas, promoções de vendas para desova de estoque alto ou de produtos com validade a vencer no curto prazo, impulsionam a logística dos estoques de mercadorias.

O produto leite tem a característica de não possuir margem de valor agregado alta em função de seu tamanho físico e baixo valor de revenda, ocupando espaço de prateleira que ocasiona baixa rentabilidade por metro quadrado da mesma.

Possui um apelo promocional muito grande, fato este que é comprovado por estar na maioria dos encartes promocionais do setor supermercadista.

Pela sua característica de essencialidade em nossa alimentação possui um giro bem elevado, sendo que os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mais baratos giram mais. Os leites mais caros, que se destinam a lactantes, por exemplo, têm um giro menor em função de o público alvo ser menor.

Segundo, destaca-se o fato de que este Auto de Infração encontra-se em trâmite desde 2011, e durante esse tempo transcorrido as determinações das diversas Câmaras de Julgamento, em vários momentos de análise, foram buscando confirmar a informação da Recorrente de que o aproveitamento indevido do crédito não implicou omissão de pagamento de ICMS, em razão de ter havido o destaque do débito do imposto nas saídas dos produtos.

Assim, é possível conferir que houve por parte desta Casa a busca da verdade material para fins de decisão final quanto ao litígio.

Por fim, note-se que, tal conclusão a respeito (houve o pagamento do imposto creditado), a favor da Contribuinte, não norteou a decisão majoritária que trilhou por análises outras, não anteriormente discutidas nos autos.

Retomando, a questão suscitada refere-se ao fato de que a Contribuinte escriturou suas operações envolvendo a circulação do leite pasteurizado sob a sistemática do débito/crédito. Ou seja, de fato houve o aproveitamento do crédito na entrada das mercadorias, conforme já evidenciado, mas de outro lado houve o lançamento do débito na saída da mercadoria, mesmo tratando-se de uma operação isenta.

Em razão do despacho interlocutório da Câmara de Julgamento, a Recorrente comprovou, por intermédio das planilhas acostadas aos autos, que todas as saídas de leite pasteurizado, objeto da presente autuação, foram tributadas na saída, o que indica a ausência, em relação à obrigação principal (pagamento do imposto) de prejuízo ao estado de Minas Gerais. Tal fato inclusive foi reconhecido pela própria Fiscalização:

“Procedemos a conferência, por amostragem, das planilhas apresentadas pela Impugnante e respectivas fitas detalhe, restando comprovada a tributação de leite pasteurizado nas saídas realizadas através de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).”

(Grifou-se)

Como forma de facilitar a análise pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG) e, ainda, provar que no confronto entre as planilhas que fundamentaram o Auto de Infração (entradas) e aquelas elaboradas em atendimento ao despacho interlocutório do CC/MG (saídas), que haveria crédito a seu favor decorrente do imposto recolhido a maior, a então Impugnante apresentou nessa oportunidade planilha que representa o confronto entre as duas planilhas (entradas x saídas) e demonstrou o crédito existente a seu favor.

Do acórdão recorrido destaca-se o seguinte excerto:

EM RAZÃO DA DILIGÊNCIA DETERMINADA PELA CÂMARA, CONFORME ITENS ESPECIFICADOS, A FISCALIZAÇÃO TROUXE AOS AUTOS AS SEGUINTE INFORMAÇÕES:

(...)

QUANTO AO ITEM 2. "COM BASE NA PLANILHA ELABORADA PELA IMPUGNANTE, INDIQUE A QUANTIDADE DE LEITE PASTEURIZADO OU UHT VENDIDA E O PREÇO MÉDIO DE VENDA EM CADA MÊS DO PERÍODO AUTUADO;":

DESTACA A FISCALIZAÇÃO QUE FOI INFORMADA NA PLANILHA DE FLS. 408 A QUANTIDADE DE LEITE PASTEURIZADO OU UHT VENDIDA E O PREÇO MÉDIO DE VENDA EM CADA MÊS DO PERÍODO AUTUADO, BASEANDO-SE NA PLANILHA ELABORADA PELA IMPUGNANTE (FLS. 401), CONFORME DETERMINADO NO QUESITO 2.

QUANTO ITEM 3. "SE MANIFESTE SOBRE A MARGEM DE VALOR AGREGADO CALCULADA COM BASE NOS PREÇOS MÉDIOS ACIMA REFERIDOS QUANTO À SUA RAZOABILIDADE. SE ENTENDER SUPERIOR AO NORMALMENTE PRATICADO, TRAZER OS ELEMENTOS QUE EMBASE TAL ENTENDIMENTO;":

QUANTO A ESSE QUESTIONAMENTO DA CÂMARA DE JULGAMENTO, A FISCALIZAÇÃO DEIXOU CONSIGNADO:

"A MARGEM DE AGREGADO FISCAL VARIOU 36% NO PERÍODO ANALISADO, INDO DE 11,48 A 31,62.

CUMPRE RESSALTAR QUE A MARGEM DE VALOR AGREGADO É AFETADA DIRETAMENTE PELO MERCADO CONSUMIDOR QUE IMPULSIONA O GIRO DE ESTOQUES. FATORES COMO LANÇAMENTO DE NOVAS MARCAS, PROMOÇÕES DE VENDAS PARA DESOVA DE ESTOQUE ALTO OU DE PRODUTOS COM VALIDADE A VENCER NO CURTO PRAZO, IMPULSIONAM A LOGÍSTICA DOS ESTOQUES DE MERCADORIAS.

(...)

CONSIDERANDO QUE CONTRIBUINTES DO MESMO SETOR TENDEM A APRESENTAR AGREGADOS SIMILARES, ANALISAMOS OUTROS SUPERMERCADOS.

A MARGEM APRESENTADA FOI SIMILAR, EMBORA NÃO TENHA VARIADO TANTO ENTRE O MAIOR E O MENOR VALOR APRESENTADO."

(Destacou-se).

No que tange à legislação do ICMS, a partir do comando dos art. 194 e 195 do RICMS/02, vigente à época dos fatos, vê-se que quando da ocorrência da verificação fiscal, a Fiscalização deverá observar os débitos do imposto existentes e confrontá-los com os créditos também existentes, inclusive o estorno de débito indevidamente escriturado a maior.

Assim é que decidiu a Câmara Especial desta Casa, conforme acórdão 4439/15/CE. Veja-se o excerto:

A RECORRENTE ALEGA QUE A FISCALIZAÇÃO DEVERIA TER OBSERVADO OS DÉBITOS DO IMPOSTO EXISTENTES NAS SAÍDAS DAS MERCADORIAS CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS, OBJETO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESTA IRREGULARIDADE, E CONFRONTÁ-LOS COM OS CRÉDITOS TAMBÉM EXISTENTES, NOS TERMOS DO ART. 195, § 2º DO RICMS/02, POIS, NO CASO DAS MERCADORIAS GRAVADAS COM ISENÇÃO OU NAQUELAS GRAVADAS PELA ST, A EMPRESA DEBITOU-SE NA SAÍDA, CONFORME DEMONSTRADO, POR AMOSTRAGEM, NO ANEXO V DA IMPUGNAÇÃO (FLS. 1.152/1.218).

NESSA LINHA, REPRODUZ O ACÓRDÃO Nº 18.563/07/1ª DESTE CONSELHO, QUE, A SEU VER, RATIFICA SEU ENTENDIMENTO DE QUE NÃO TERIA OCORRIDO PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO.

A FISCALIZAÇÃO, NA FASE ANTERIOR, RESSALTA QUE, NOS TERMOS DO ART. 31, INCISO I, DA LEI Nº 6.763/75, C/C ART. 70, INCISO I, RICMS/02, É VEDADO O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS NA ENTRADA DE MERCADORIAS ISENTAS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

DE FATO, A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO FACULTA AO CONTRIBUINTE A OPÇÃO PELO CRÉDITAMENTO NA ENTRADA DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS OCORREM AO ABRIGO DA ISENÇÃO OU DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

NO ENTANTO, SE NO MOMENTO DA AÇÃO FISCAL, EM RELAÇÃO AOS PRODUTOS QUE SE APROPRIOU DO CRÉDITO INDEVIDO, O CONTRIBUINTE COMPROVA QUE SE DEBITOU, NOVAMENTE, DO IMPOSTO QUE JÁ FORA PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA QUANDO DA AQUISIÇÃO DO PRODUTO, OU TRIBUTOU DETERMINADA MERCADORIA CUJA SAÍDA É ALCANÇADA PELA ISENÇÃO, NÃO RESTA DÚVIDA QUE MANTIDO O ESTORNO DOS CRÉDITOS DO ICMS, POR APROVEITAMENTO INDEVIDO, HAVERIA EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE: ICMS NA SAÍDA SOMADO AO VALOR DO ICMS ESTORNADO.

DESSA FORMA, EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE, DA CELERIDADE PROCESSUAL E, FUNDAMENTALMENTE, DA VERDADE MATERIAL, DEVEM SER EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AOS PRODUTOS, OBJETOS DA AUTUAÇÃO NO ITEM 5.2.1, QUE FORAM TRIBUTADOS NAS SAÍDAS.

Por toda argumentação já desenvolvida, alicerçada nas diligências e interlocutórios, determinados pelo CC/MG, com fins a buscar comprovar a inexistência de omissão de ICMS devido, bem como privilegiando a verdade real afeta ao julgamento na esfera administrativa, e considerando, por fim, a especificidade do caso, cancelam-se as exigências de ICMS e multa de revalidação.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de substabelecimento apresentado da Tribuna. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em lhe dar provimento parcial para excluir as exigências de ICMS e multa de revalidação. Vencidos, em parte, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Eduardo de Souza Assis, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido; Carlos Alberto Moreira Alves

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Sauro Henrique de Almeida, que lhe davam provimento, nos termos do voto vencido. Designada relatora a Conselheira Ivana Maria de Almeida. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. André Barros de Moura e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 24 de junho de 2016.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora

Ivana Maria de Almeida
Relatora designada

CC/MIG