

Acórdão: 22.992/18/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001344007-01
Impugnação: 40.010144350-71
Impugnante: Eumaco Comercial Ltda.
IE: 001060759.02-38
Proc. S. Passivo: Henrique Daibert de Freitas/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores correspondentes ao estoque existente em 31 de dezembro de 2015 de mercadorias que deixaram de ser tributados por substituição tributária, nos termos da Resolução n.º 4.855/15. A partir da análise dos documentos apresentados pela Impugnante apurou-se as mercadorias e os valores a serem restituídos.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

O contribuinte em epígrafe, conforme documento de fl. 02 e nos termos da legislação vigente, requer a restituição de valores relativos ao estoque de mercadorias que deixaram de ser tributados por substituição tributária - ST, existente em 31 de dezembro de 2015, nos termos da Resolução n.º 4.855, de 29 de dezembro de 2015.

Do Indeferimento do Pedido de Restituição

Em despacho de fls. 18/20, o Delegado Fiscal de Sete Lagoas indeferiu o pedido, com base no parecer fiscal fundamentado no não atendimento dos pré-requisitos legais que viabilizassem determinar individualmente a mercadoria do estoque remanescente para a qual se pede a restituição de ICMS/ST.

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação à fl. 35/50, em resumo, aos seguintes argumentos:

- é pessoa jurídica de direito privado, regularmente constituída, e tem por objetivo social, dentre outras atividades, a comercialização por atacado de gêneros alimentícios em geral, materiais de limpeza, conservas, bebidas, rações, artigos de embalagem e produtos de armarinho em geral, consoante ressaí de seu contrato social;

- em face da sua atividade comercial é contribuinte do ICMS, sendo diretamente afetada pelas alterações efetuadas pelo estado de Minas Gerais no final do

ano de 2015, que excluiu diversos produtos do regime de substituição tributária, alguns destes que já se encontravam em seu estoque;

- seguindo a Resolução n.º 4.855/15, apurou o estoque de suas mercadorias excluídas do regime da substituição tributária e do respectivo imposto já recolhido para fins de restituição e formalizou requerimento, mas foi surpreendida com o indeferimento de seu pleito sob argumentação improcedente;

- conforme se pode observar da fundamentação do parecer do Fisco que justificou o indeferimento de seu pleito, foi efetuada uma análise superficial das mercadorias arroladas, considerando, tão somente, seu NCM, ignorando totalmente a descrição do produto;

- existem produtos que possuem o mesmo NCM mas tratamento diverso pela legislação, pois, apesar de existir no Anexo XV do RICMS/MG produtos com a mesma NCM das mercadorias relacionadas em seu demonstrativo, tratam-se de mercadorias diversas, excluídas do aludido anexo pelo Decreto n.º 46.931/15;

- faz uma demonstração, por amostragem, para comprovar a inexistência das mercadorias relacionadas em seu pedido no Anexo XV do RICMS/MG, destacando os produtos pertencentes às NCMs 3808.94.19, 1901.20.00, 3402.20.00, 1901.90.90;

- com base nesta extensa amostragem, percebe-se que, a decisão ora recorrida, que indeferiu seu direito de aproveitar o crédito do ICMS daquelas mercadorias excluídas do regime de substituição tributária existentes em seu estoque, e que foram novamente objeto de tributação no regime de crédito e débito nas operações subsequentes, deve ser integralmente reformada, sob pena de caracterizar o *bis in idem*.

Ao final, requer a reforma da decisão que julgou improcedente o pedido de restituição do ICMS formulado em face das alterações efetuadas pelo Decreto n.º 46.931/15 no Anexo XV do RICMS/MG, considerando-se, por sua vez, não apenas a NCM, mas a descrição das mercadorias constantes no demonstrativo de apuração de estoque apresentado.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 74/79, refutando os argumentos de defesa, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

- não procede o argumento da Impugnante de que o pedido protocolado da restituição do ICMS/ST seguiu rigorosamente as normas e orientações constantes da Resolução n.º 4.855/15;

- o indeferimento do pedido de restituição foi em decorrência da Requerente ter incluído no demonstrativo de apuração de estoque, algumas mercadorias que continuam sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto contrariando os dispositivos constantes nos Capítulos 11, 17 e 23, Anexo XV do RICMS/02;

- assim sendo, não restou outra decisão se não o indeferimento do pedido de restituição na forma apresentada, por estar em desacordo com a legislação vigente;

- a citação descrita no parecer e reproduzida pela Impugnante foi em decorrência da anexação ao processo pelo Fisco, por amostragem, de algumas páginas

do demonstrativo de estoque que contém a descrição da mercadoria, código NCM, quantidade e o ICMS a restituir;

- em que pese o demonstrativo efetuado pela Impugnante algumas mercadorias lá listadas permanecem sobre o regime substituição tributária;

- não é verdadeira afirmativa da Impugnante de que, a decisão ora recorrida deve ser integralmente reformulada, sob pena de caracterizar o bis in idem;

- a Impugnante incluiu também no Demonstrativo de Apuração de Estoque outros produtos que continuam sob o regime de substituição tributária, por exemplo, maionese Hellmanns; Petit Suisse Vigor e óleo de soja Sinhá;

- o direito da Impugnante não está sendo lesado, nem o Fisco tem o poder de arbítrio para negar o que o contribuinte tenha direito a restituir, pois age dentro da legalidade para que seus atos tenham valor legal;

- enfatize-se de forma clara que é dever do Fisco aplicar o que determina a legislação tributária sobre a matéria em análise;

- a Impugnante terá sempre o seu direito assegurado, desde que, seja observado o que as normas tributárias determinam;

- da mesma forma, não poderá o contribuinte obter direito fora da razoabilidade. No campo da inexistência, o seu direito, muitas vezes, por exigência de normas, tem que ser devidamente demonstrado ao Fisco.

Ao final, pede seja julgada improcedente a impugnação, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada em 14 de novembro de 2017, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, deferiu requerimento de juntada de documento e converteu o julgamento em diligência para que a Fiscalização: 1) tomasse ciência do documento juntado (fls. 85/93), e 2) demonstrasse, em planilha, quais itens nortearam o indeferimento do pedido de restituição, com coluna identificativa da motivação e quais itens comporiam o indébito. Em seguida, vista à Impugnante. Ainda, em preliminar, à unanimidade, exarou despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, tomasse ciência e se manifestasse sobre o resultado da diligência. Em seguida vista à Fiscalização. Na oportunidade sustentaram oralmente pela Impugnante o Dr. Henrique Daibert de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa.

Em cumprimento a determinação da Câmara o Fisco se manifesta às fls. 95/97 e junta o quadro de fls. 98/99 e as cópias de notas fiscais de fls. 100/101 (frente e verso).

Regularmente intimada (fls. 102 e 106/108), a Impugnante se manifesta à fl. 109.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise da impugnação apresentada contra o indeferimento do pedido de restituição do ICMS recolhido a título de substituição tributária cumulado com o pedido de creditamento do ICMS referente às mercadorias que deixaram de ser tributadas por substituição tributária - ST em 31 de dezembro de 2015.

Tratando-se de pedido de restituição de indébito, aplicam-se as disposições constantes no art. 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que prevê o cabimento de impugnação ao Conselho de Contribuintes na hipótese de indeferimento do pedido apresentado pelo contribuinte, com a instauração do contencioso administrativo, *in verbis*:

Art. 36. Do indeferimento de pedido de restituição de indébito tributário cabe impugnação ao Conselho de Contribuintes.

O indeferimento do pedido de restituição foi em decorrência da Requerente ter incluído no demonstrativo de apuração de estoque, algumas mercadorias que continuam sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto contrariando os dispositivos constantes nos Capítulos 11, 17 e 23, Anexo XV do RICMS/02.

Arguiu a Impugnante em sua peça de defesa que teria sido efetuada pela Fiscalização uma análise superficial das mercadorias arroladas, considerando, tão somente seu NCM e ignorando totalmente a descrição do produto.

Para justificar sua afirmação transcreve (fl. 36) a conclusão do parecer que embasa o indeferimento do pedido, a saber:

Considerando finalmente, que a requerente fez a inclusão no demonstrativo de apuração de estoque, em anexo por amostragem, de mercadorias que ainda permanecem sujeitas ao regime de substituição tributária: NCM 38089419, 34021190, 19012000, 34022000, 21039011, 040390000, 19019020, 04069090, 19019090, 21069029 e 15079011, conforme disposto nos Capítulos 11, 17 e 23, Anexo XV do RICMS/2002.

De pronto cabe destacar que efetivamente existem mercadorias nos Códigos citados que permanecem no regime de substituição tributária e outras que dele foram excluídas.

Para se analisar se uma mercadoria está sujeita ao recolhimento do ICMS por substituição tributária deve-se, primeiramente observar a lista estabelecida no Anexo XV do RICMS/02.

Contudo, a análise desta listagem deve ser feita conjugando a classificação fiscal da mercadoria pelo seu código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sistema Harmonizado – NBM/SH, com a descrição da mercadoria também trazida no citado Anexo.

O regime de substituição tributária apenas será aplicado quando, cumulativamente, a mercadoria seja classificada em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV, independentemente do emprego que se venha a dar ao produto com a descrição também lá discriminada.

Neste sentido, a Secretaria de Estado de Fazenda já se manifestou conforme Orientação Tributária DOLT/SUTRI n.º 001/07, a saber:

21 – As mercadorias constantes dos subitens da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 estarão sempre sujeitas à ST, mesmo se a sua aplicação não estiver relacionada com o respectivo item descrito?

R: A substituição tributária estabelecida no Anexo XV aplica-se em relação a qualquer produto descrito e, cumulativamente, classificados em um dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 desse Anexo, independentemente do emprego que se venha a dar ao produto.

As denominações dos itens da Parte 2 visam meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas à substituição tributária e são irrelevantes para definir os efeitos tributários.

A Secretaria de Estado de Fazenda também se manifestou sobre o tema na Orientação Tributária DOLT/SUTRI n.º 001/16, conforme resposta a pergunta 18 abaixo transcrita:

18 - Mercadoria que se enquadra na descrição e se encontra classificada em código da NBM/SH relacionado em um capítulo da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002 cuja designação difere da destinação que lhe é dada pelo contribuinte adquirente está sujeita ao regime de substituição tributária?

R: Conforme expressamente disposto no § 3º do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, as denominações dos capítulos da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002 são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas a substituição tributária, ressalvada a hipótese de a própria descrição do item estabelecer para qual tipo de destinação a mercadoria deverá ter para estar sujeita à substituição tributária, a exemplo do item 74.0 do Capítulo 10 da referida Parte 2, pelo qual somente aos produtos empregados na construção aplica-se o referido regime, conforme abaixo:

.....

A Impugnante fez uma demonstração, por amostragem, visando confirmar que as mercadorias, considerando os critérios acima elencados, não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por sua vez, o Fisco afirma que algumas mercadorias listadas no demonstrativo elaborado pela Impugnante ainda permaneceriam sob o regime substituição tributária e cita a legislação pertinente para sustentar seus argumentos.

Diante deste impasse, a Câmara de Julgamento determinou que a Fiscalização demonstrasse, em planilha, quais itens nortearam o indeferimento do pedido de restituição, com coluna identificativa da motivação e quais itens comporiam o indébito.

O Fisco, cumprindo a determinação da Câmara se manifestou às fls. 95/97 afirmando que, *“após análise do documento juntado pela impugnante (fls. 85 a 93), a fiscalização considera procedente, em parte, o argumento da impugnante referente ao pedido protocolado da restituição do ICMS/ST, relativo às mercadorias em estoque em 31/12/2015, com exceção dos itens constantes na planilha apensa.”*

A planilha apresentada pelo Fisco contém a relação das mercadorias que compõem o indébito referente ao pedido de restituição ICMS. Referida planilha foi elaborada com base no demonstrativo de apuração de estoque apresentado pela Impugnante onde foram demonstrados os itens que compõem o indébito.

Cabe destacar que foi feita a exclusão dos itens relativos ao óleo de soja em decorrência da falta de clareza na descrição da mercadoria no demonstrativo de estoque apresentado, considerando que foi utilizada a unidade (L). Recipientes com capacidade inferior ou igual a 05 (cinco) litros, encontram-se sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos do item 65.0, Capítulo 17, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Já a eliminação dos itens relativos a maionese citados na planilha de fls. 98/99, foi devido a ausência de clareza na descrição da mercadoria no demonstrativo de estoque apresentado, considerando uso da unidade (g), ou seja, embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 650 g (exceto sachês inferior ou igual a 10g), encontram-se sujeitas ao regime de substituição tributária.

Com relação os produtos “Desodorantes Diversos”, estes se encontram sujeitos ao regime de substituição tributária. Neste sentido, cumpre destacar que a própria Impugnante promove suas saídas amparadas por tal regime, conforme cópias de Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – Danfes de fls. 100/101 (frente e verso).

Importa destacar que a Impugnante teve vista dos documentos, planilhas e comentários anexados pelo Fisco quando do cumprimento da determinação da Câmara de Julgamento e assim se manifestou:

EUMACO COMERCIAL LTDA., (...), vem respeitosamente perante V.Sas., informar seu conformismo com a manifestação fiscal de fls. 95/101, não havendo mais nada a impugnar sobre a diligência da Ilma. Auditora Fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação conforme Manifestação Fiscal de fls. 95/99. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Erick de Paula Carmo e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 26 de junho de 2018.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

CC/MG