

Acórdão: 20.921/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000436477-62
Impugnação: 40.010131957-43
Impugnante: Topomig Equipamentos Ltda
IE: 062221902.00-52
Proc. S. Passivo: Elisângela Alves Pinto
Origem: DF/BH-1

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Tendo sido devidamente comprovado que o bem relativo ao qual foi recolhido o diferencial de alíquota foi devolvido ao remetente, deve ser restituído essa parcela ao contribuinte. No caso, não há necessidade de comprovação da transferência deste encargo financeiro uma vez que não se aplica o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fl. 02, a restituição da importância de R\$ 26.447,06 (vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e seis centavos), devidamente atualizada, justificando que efetuou recolhimentos indevidos em virtude de erro na escrituração fiscal, conforme demonstrado nos documentos anexados às fls. 03/10 a 18/25.

Naquela oportunidade apresentou os documentos que se encontram acostados às fls. 03/163.

Do Indeferimento

Regularmente instruído, o pedido foi indeferido pelo Sr. Delegado Fiscal, conforme despacho de fl. 205, adotando os fundamentos do Parecer da DF/BH-1 n.º RI/36/2012 (fls. 196/204).

Da Impugnação

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, a Contribuinte apresenta impugnação, às fls. 219/241, tempestivamente, por seu representante legal, em síntese, aos argumentos seguintes:

- em 07 de janeiro de 2011 foi surpreendida com o Auto de Infração n.º 03.000348697.13, lavrado pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais, com base na imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS normal, no período 1º a 31 de outubro de 2010;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- inconformada com referida autuação, em 26 de janeiro de 2011, protocolizou Pedido de Revisão do lançamento e conseqüente exclusão da cobrança do valor do crédito tributário nele contido, solicitando, ainda, autorização para a retificação da DAPI referente ao mês de outubro de 2010, pois, efetivamente o valor correto apurado neste mês referente ao ICMS normal foi um saldo credor para o período seguinte no valor de R\$ 12.180,34 (doze mil, cento e oitenta reais e trinta e quatro centavos), valor este devidamente informado no livro fiscal;

- na apuração do ICMS no referido mês de outubro foram apropriados créditos extemporâneos em decorrência de devoluções de mercadorias recebidas em demonstração, vendas de bem do ativo permanente com menos de 12 (doze) meses de aquisição e ICMS debitado em duplicidade por erro na escrituração;

- conforme esclareceu, à época, por equívoco e sem qualquer má fé, quando da confecção da DAPI do mês de outubro de 2010, deixou de informar no campo "Outros Créditos" o valor de R\$ 25.356,83 (vinte e cinco mil, trezentos e cinquenta e seis reais e oitenta e três centavos) o que gerou "imposto a recolher";

- a Delegacia Fiscal de 1º Nível - DF/BH-1, quando da análise de seu Pedido de Revisão, informou que foram baixados os seus arquivos Sintegra referentes aos meses de escrituração das notas fiscais relativas aos créditos extemporâneos;

- após análise efetuada nos documentos fiscais apresentados, o Auditor Fiscal, no Parecer RC/DF/BH-1/80/2011, entendeu que a empresa ao substituir o DAPI após autuação, agiu em desconformidade com a legislação, impossibilitando-se, assim, a exclusão do crédito e a validação da DAPI substituta, a qual se encontrava em situação de "suspensa" no SIARE e, por se tratar de Auto de Infração de natureza não contenciosa, sugeriu a devolução do processo à AF/1º Nível/BH-2 para que a empresa fosse informada do não acolhimento do seu pleito e, após pagamento, que se efetuasse o pedido de restituição do indébito;

- em 06 de maio de 2011 tomou conhecimento de que o Estado estava propondo Execução Fiscal contra si;

- por não concordar com tal cobrança e desconhecer a origem da mesma, buscou ajuda junto à Procuradoria do Estado, momento em que tomou ciência de que tal cobrança estava relacionada ao Auto de Infração n.º 03.000348697.13 e que o mesmo se tratava de uma das hipóteses previstas no art. 102 do RPTA;

- em razão disto, promoveu os recolhimentos, mas, não concordando com tal cobrança e pagamento, protocolou pedido de restituição;

- chamada para prestar esclarecimento junto à SEF/MG, foi comunicada de que o Pedido de Restituição seria indeferido, mas foi orientada a entrar com um novo pedido atendo-se apenas aos fatos que redundaram no pagamento em duplicidade;

- assim procedeu e, em novembro de 2011, apresentou novo pedido;

- em 25 de abril de 2012, tomou ciência de que com base no Parecer da DF/BH-1 n.º RI/36/2012, seu pedido de restituição havia sido indeferido;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- conforme consta do Parecer/Despacho DF/BH-1/RI/36/2012, a Auditora Fiscal relatou que tendo em vista o Pedido de Restituição de Indébito se referir a vários pagamentos de ICMS efetuados, bem como envolver o exame da Recomposição da Conta Gráfica do exercício de 2010, a análise do mérito foi subdivida em tópicos;

- equivocou-se a Auditora Fiscal ao dizer que no tocante a importância relativa ao "diferencial de alíquota" pago não cabe a restituição de indébito, uma vez que ocorreu o fato gerador na entrada da mercadoria adquirida em outra unidade da Federação e destinada ao ativo imobilizado;

- ocorre que tal mercadoria foi devolvida à origem e, em razão dessa devolução e do desfazimento do negócio jurídico (aquisição do bem) o valor referente ao diferencial de alíquota deixou de ser devido, devendo ser restituído ao contribuinte;

- outra não é a orientação da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, conforme resposta a Consulta de Contribuinte n.º 049/97;

- mais uma vez equivocou-se a Auditora ao dizer que o ICMS referente ao ativo imobilizado deveria ser aproveitado à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos);

- o ativo imobilizado foi adquirido e não era utilizado em suas atividades operacionais e, por esta razão, não houve a apropriação do valor a título de crédito do ICMS correspondente a sua aquisição;

- o bem foi devolvido ao fornecedor, com desfazimento do negócio jurídico em fevereiro de 2010, não tendo completado os 12 (doze) meses para ser considerado imobilizado nos termos do inciso XII do art. 5º da Parte Geral do RICMS;

- a orientação da Secretaria de Estado de Fazenda, em resposta a diversas consultas é no sentido de que ocorrendo saída de bem imobilizado antes dos 12 (doze) meses o mesmo deverá receber tratamento de mercadoria;

- depreende-se, portanto, que faz jus ao crédito do ICMS referente a devolução de bem adquirido para imobilizado;

- em que pese prever o inciso XII do art. 5º da Parte Geral do RICMS que a saída de bem imobilizado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, após o uso normal a que era destinado se dá ao abrigo da não incidência do ICMS, por equívoco, quando da saída do bem, indevidamente destacou o ICMS na nota fiscal;

- em tais casos a Fiscalização exige que o imposto incorretamente destacado deva ser recolhido e posteriormente solicitada a sua restituição, desde que comprove que tal fato não tenha comportado encargo financeiro a terceiros e, no caso, tal fato já foi amplamente demonstrado;

- a Auditora em seu Parecer aduz que não cabe a restituição do ICMS destacado na nota fiscal complementar pelo fato de que o valor devido deveria ter sido recolhido em DAE distinto com as devidas atualizações, mas o valor do ICMS devido, que por questões de erro do sistema deixou de ser destacado na nota fiscal de devolução, conforme consta do livro Registro de Saída, foi recolhido;

- portanto, cumpriu com a sua obrigação principal e, uma vez que o imposto foi recolhido quando da emissão da nota fiscal original, deve ser restituído;

- a Auditora em seu Parecer aduz, ainda, que por entender não haver recolhimento indevido as contas gráficas não carecem de exame, mas, conforme comprovado, houve recolhimento indevido do ICMS, seja em razão de escrituração errônea dos livros fiscais, bem como de emissão de nota fiscal;

- não ocorreu a transferência do encargo financeiro a terceiros sendo legítimo o direito à restituição da parcela indevidamente recolhida.

Ao final, requer que a restituição ocorra em espécie - moeda corrente - nos moldes previstos no inciso III do art. 35 do RPTA, e § 1º do art. 92 da Parte Geral do RICMS/02, pois, atualmente não apresenta, com habitualidade, saldo devedor do ICMS.

Da Instrução Processual

Às fls. 257/263 há uma discussão sobre a legitimidade da Impugnante, sendo que, conforme documentos de fls. 264/265, essa é intimada a apresentar Reclamação contra a negativa de seguimento de sua impugnação.

Às fls. 268/292 a Impugnante apresenta Reclamação que é deferida nos termos do parecer de fls. 307/309 e do documento de fls. 310/311.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 315/324, contrariamente ao alegado na defesa, em síntese, aos argumentos seguintes:

- os fatos narrados pela Impugnante, na quase totalidade, já haviam sido expostos, de forma resumida pelo Fisco no Parecer DF/BH-1/RI/36/2012 (fls. 196/203), o qual alicerçou o indeferimento do Pedido de Restituição de Indébito em apreço;

- quando do protocolo do Pedido de Restituição em apreço a Impugnante esclareceu (fls. 03/10) as irregularidades constatadas na sua escrituração fiscal, as quais ensejaram os alegados débitos indevidos de ICMS;

- o Fisco, a partir dos referidos esclarecimentos elaborou o quadro inserido no Parecer DF/BH-1/RI/36/2012 (fl. 197) no qual consta de forma resumida o valor objeto do presente Pedido de Restituição de Indébito;

- no documento denominado “Recomposição da Conta Gráfica – Exercício 2010” (fls. 18/25) a Impugnante demonstrou quais seriam os ajustes que deveriam ser promovidos nos valores lançados originalmente a título de: débito, crédito e saldo apurado na sua Conta Corrente Fiscal (CCF) referente ao exercício de 2010;

- à época a Impugnante não apresentou planilha contendo a recomposição da conta gráfica, mas este fato não trouxe qualquer prejuízo para análise do seu Pedido de Restituição, haja vista que o Fisco, a partir das informações por ela prestadas, elaborou a planilha Recomposição da Conta Gráfica (fl. 204), apontando, dentre outras informações, alguns ajustes pretendidos sem qualquer explicação;

- o exame da planilha relativa à Recomposição da Conta Gráfica do ICMS facilita a visualização dos ajustes demandados pela ora Impugnante;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ao contraditar os fundamentos do indeferimento do presente Pedido de Restituição de Indébito a Impugnante, diferentemente do Fisco, não identificou valores, documentos fiscais e sequer períodos de apuração do ICMS;

- a forma de apresentação da defesa, quanto ao mérito, dificulta o confronto entre os argumentos expostos pela Impugnante com os fundamentos constantes do Parecer (fls. 196/203), as situações fáticas narradas no Pedido de Restituição (fls. 03/10) e na Recomposição da Conta Gráfica (fls. 18/25);

- depreende-se das informações prestadas pela Impugnante que o valor pleiteado refere-se ao ICMS de diferença de alíquota, originário da aquisição do bem acobertado pela Nota Fiscal n.º 67.302, de 06 de novembro de 2009, emitida por Santiago & Cintra Importação e Exportação Ltda., cópia anexada à fl. 40, o qual teria sido objeto de devolução e do desfazimento do negócio jurídico;

- o recolhimento efetuado pela Impugnante, através do DAE pago em 09 de dezembro de 2009, engloba todos os valores devidos a título de diferença de Nota Fiscal n.º 67.302, e deu-se em conformidade com disposto no art. 1º, inciso VII da Parte Geral do RICMS/02;

- nem a alegada nota fiscal de devolução do bem, nem prova desta devolução foi apresentada;

- a ocorrência do fato gerador do ICMS diferença de alíquota se dá na entrada de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual;

- a Consulta de Contribuinte n.º 049/97, além de ter sido respondida na vigência do RICMS/96, não trata expressamente de situação similar à ora discutida;

- assegura a Impugnante que o ativo imobilizado foi adquirido e não era utilizado em suas atividades operacionais, razão pela qual não houve a apropriação de crédito do valor do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição e que a operação de saída do bem de seu estabelecimento ocorreu com tributação normal, uma vez tratar-se de devolução efetuada antes de completar 12 (doze) meses de sua aquisição;

- muito embora não esclarecido na impugnação, conclui o Fisco, através de outros elementos constantes dos autos, que a Impugnante refere-se neste tópico de sua defesa à recomposição de sua Conta Gráfica, no tocante ao mês de fevereiro/2010;

- tal ajuste acarretaria o acréscimo do saldo credor apurado em fevereiro de 2010;

- todavia, razão não assiste a Impugnante, quanto ao creditamento extemporâneo da citada importância;

- a Consulta de Contribuintes n.º 097/11 trazida para alicerçar o direito ao creditamento, foi respondida na vigência do RICMS/96;

- a possibilidade de creditamento mencionada nesta consulta respalda-se no art. 66, inciso II da Parte Geral do RICMS/96 (atual art. 66, inciso II da Parte Geral do RICMS/02), os quais impõem vários requisitos a serem satisfeitos para o creditamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a própria Impugnante reconhece em sua peça de defesa que o bem do ativo imobilizado adquirido não era utilizado nas suas atividades operacionais, excluindo a possibilidade do creditamento do ICMS destacado na Nota Fiscal n.º 67.302;

- a apropriação extemporânea de créditos de ICMS está condicionada às regras estabelecidas no art. 67, § 2º da Parte Geral do RICMS/02, as quais não foram observadas pela Impugnante;

- a Impugnante não informa qual valor de ICMS teria sido indevidamente destacado, nem aponta as correspondentes notas fiscais emitidas ou o período de apuração do imposto a que se refere;

- além disso, não fez referência, neste item de sua defesa, acerca dos fundamentos da “Auditora Fiscal”, como fez nos outros itens da impugnação, até porque no Pedido de Restituição de Indébito em apreço esta questão não foi tratada. Logo, não apreciada pelo Auditora Fiscal no referido Parecer;

- a ausência de tais informações (valor, identificação da nota fiscal e período de apuração do imposto) impede o Fisco de tecer maiores comentários;

- no Pedido de Restituição a Requerente afirmou que teria recolhido indevidamente o ICMS apurado no mês de abril de 2010 em função do destaque indevido do ICMS na Nota Fiscal n.º 20, a qual foi lançada no livro Registro de Saídas;

- mediante confronto da documentação constante dos autos com a legislação tributária pertinente conclui-se que a ora Impugnante emitiu nota fiscal sem o destaque do ICMS devido, uma vez tratar-se de saída de mercadoria em demonstração para outra unidade da Federação (São Paulo), lançou esta nota fiscal no livro Registro de Saídas muito embora este documento não contivesse o destaque do imposto e emitiu documento fiscal complementar para regularizar a falta de destaque do imposto devido;

- o ICMS destacado na Nota Fiscal n.º 20 não foi recolhido em DAE distinto, conforme determina o art. 14, § 3º do Anexo V do RICMS/02 c/c art. 83 da Parte Geral do RICMS/02, mas sim lançado no livro Registro de Saídas e somado aos outros débitos do período, no momento da apuração do ICMS, assim, não há se falar em “Recomposição da Conta Gráfica” para promover o ajuste solicitado pela Impugnante;

- diferentemente do alegado pela Defendente não há comprovação de recolhimento indevido de ICMS, bem como não podem ser acolhidos os ajustes pretendidos na sua Conta Gráfica (fls. 18/25) e não há prova nos autos de assunção pela Impugnante de encargo financeiro.

Ao final, pede seja julgada improcedente a impugnação.

Da Nova Instrução Processual

Apreciando o lançamento a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, deferiu a juntada da cópia da Nota Fiscal n.º 003667 apresentada da Tribuna, referente à devolução de bens do ativo imobilizado, com retorno aos autos ao Fisco para vista. Na oportunidade, sustentou oralmente pela Impugnante o Dr. Carlos Suely Nogueira dos Santos e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após a juntada da cópia da referida nota fiscal o Fisco se manifesta, às fls. 335/336, esclarecendo que a Nota Fiscal n.º 003667, juntada aos autos refere-se à devolução dos bens constantes na Nota Fiscal n.º 67302 (fls. 40), mas, muito embora a nota fiscal de devolução tenha sido apresentada, a devolução do bem não descaracteriza a ocorrência do fato gerador do tributo (ICMS diferença de alíquota), que ocorre na entrada de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual. Ao final, pede seja julgada improcedente a impugnação, conforme parecer de fls. 315/324.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal /1º Nível/BH-1 que, em despacho de fl. 205, indeferiu o pedido de restituição, com base no Parecer DF/BH-1/RI/36/2012 (fls. 196/204).

A Impugnante requereu (fl. 02), nos termos da legislação vigente, a restituição da importância de R\$ 26.447,06 (vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e seis centavos), devidamente atualizada, justificando que efetuou recolhimentos indevidos em virtude de erro na escrituração fiscal, conforme demonstrado nos documentos anexados às fls. 03/10 a 18/25.

Naquela oportunidade apresentou os documentos que se encontram acostados às fls. 03/162.

Quando do protocolo do Pedido de Restituição de Indébito, em apreço, a Impugnante procurou esclarecer, por meio do documento anexado às fls. 03/10, as irregularidades constatadas na sua escrituração fiscal (livros: Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS), as quais ensejaram os alegados débitos indevidos de ICMS.

O Fisco, a partir dos referidos esclarecimentos elaborou o quadro inserido no Parecer DF/BH-1/RI/36/2012 (fl. 197), a seguir reproduzido, no qual consta, de forma resumida, os valores objeto do presente Pedido de Restituição de Indébito:

RECOLHIMENTOS INDEVIDOS – APONTADOS PELA REQUERENTE (fls. 09 e 10)		
Período de Referência	Valor Recolhido (Indevido)	Origem
Fevereiro/2010	R\$ 3.979,91	ICMS relativo a diferença de alíquota
Abril/2010	R\$ 5.772,02	ICMS normal
Mai/2010	R\$ 85,32	ICMS normal
Agosto/2010	R\$ 812,59	ICMS normal
Outubro/2010	R\$ 15.797,22	Auto de Infração nº 03.000348697-13
TOTAL	R\$ 26.447,06	

No documento denominado “Recomposição da Conta Gráfica – Exercício 2010” (fls. 18/25) a Impugnante demonstrou quais seriam os ajustes que deveriam ser promovidos nos valores lançados originalmente a título de débito, crédito e saldo apurado na sua Conta Corrente Fiscal (CCF) referente ao exercício de 2010.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprе destacar que a Impugnante não apresentou planilha contendo a mencionada recomposição da conta gráfica.

Todavia, esse fato não trouxe qualquer prejuízo à análise do seu Pedido de Restituição de Indébito, haja vista que o Fisco, a partir das informações prestadas pela Impugnante (fls. 18/25) elaborou a planilha recomposição da conta gráfica de fl. 204.

Nesse documento o Fisco apontou, dentre outras informações, alguns ajustes pretendidos pela Impugnante, sem qualquer explicação. Estes ajustes sem justificativa estão indicados na última coluna da planilha de forma destacada.

Alerta-se que o exame da planilha relativa à recomposição da conta gráfica do ICMS (elaborada pelo Fisco – fl. 204) facilita a visualização dos ajustes demandados pela Impugnante, inclusive aqueles para os quais não houve justificativa.

A Impugnante inicia sua defesa narrando os fatos ocorridos a partir de uma autuação pelo Auto de Infração n.º 03.000348697.13, datado de 28 de dezembro de 2010 que versa sobre o não recolhimento do ICMS normal, no período 1º a 31 de outubro de 2010 - crédito tributário de natureza não contencioso.

Explica que, inconformada com referida autuação, em 26 de janeiro de 2011, protocolizou na AF/BH-2, Pedido de Revisão do citado Auto de Infração, solicitando, ainda, autorização para a retificação da DAPI referente ao mês de outubro de 2010, pois, efetivamente o valor correto apurado no mês de outubro de 2010 referente ao ICMS normal foi um saldo credor para o período seguinte no valor de R\$ 12.180,34 (doze mil, cento e oitenta reais e trinta e quatro centavos) valor este devidamente informado no livro fiscal. Na apuração do ICMS, no referido mês de outubro foi apropriado valores referentes a créditos extemporâneos em decorrência de devoluções de mercadorias recebidas em demonstrativo, vendas de bem do ativo permanente com menos de 12 (doze) meses de aquisição e ICMS debitado em duplicidade por erro na escrituração fiscal.

Este Pedido de Revisão do Auto de Infração foi analisado e indeferido.

Frise-se, pela importância, que naquela ocasião a ora Impugnante solicitava a exclusão dos valores autuados naquele Auto de Infração alicerçada nos argumentos que, em parte, são trazidos novamente no presente Pedido de Restituição de Indébito. Os fundamentos do indeferimento, constantes do Parecer/RC/DF/BH-1/80/2011 (fls. 175/178), corroboram esta afirmação, a saber:

"O exame dos documentos autuados demonstra que a Requerente, inicialmente, transmitiu a DAPI relativa ao mês de outubro/2010 (fls. 85/88) declarando um débito de ICMS/Normal no valor de R\$13.176,49 (fls.88). A falta de quitação desse débito implicou na formalização do crédito tributário pelo Auto de Infração em referência.

Após o recebimento do AI retransmitiu a DAPI supracitada (fls. 138/142) alterando o saldo devedor de R\$13.176,49 para "saldo credor para período seguinte", no valor de R\$12.180,34, resultando do cotejo entre os

seguintes valores: R\$ 25.356,83 declarado no campo "outros créditos", e R\$ 13.392,13, referente ao débito total pelas saídas.

O valor de R\$ 25.356,83, lançado no campo outros créditos da nova DAPI, encontra-se discriminado às fls. 96/97 e teve origem em duas situações distintas: créditos extemporâneos não aproveitados na época própria e débitos declarados indevidamente relativos a operações de venda de ativo immobilizado beneficiadas pelo instituto da não incidência.

Uma parte do crédito extemporâneo, no valor de R\$7.270,17, conforme informação contida na folha 96, refere-se ao ICMS destacado na nota fiscal de n.º 067302, de 06/11/2009 (fl. 105), ou seja, relativa à operação de aquisição efetivada no exercício anterior.

Outra parte, no valor de R\$ 9.996,28 (fls. 97), refere-se ao ICMS destacado no DANFE n.º 000.003.983, de 23/07/2010, relativo à mercadoria recebida para demonstração.

A apropriação de crédito extemporâneo, em conformidade com a legislação vigente, deverá ser efetivada em harmonia com as prescrições contidas no art. 67, § 2º e seus incisos, do RICMS/2002, que estabelecem:

.....
Quanto aos débitos declarados indevidamente, relativos a operações de vendas de ativo immobilizado beneficiadas pelo instituto da não incidência, discriminados nas folhas 96/97, entendemos que, salvo melhor juízo, deverão ser objeto de requerimento de restituição de indébito nos termos do artigo 28 e seguintes do Decreto n.º 44.747/2008 (RPTA), caso restem comprovados os recolhimentos indevidos.

IV – CONCLUSÃO

Pelo exposto verifica-se que a Requerente agiu em desconformidade com a legislação vigente ao substituir, após a autuação, a DAPI que declarava o crédito tributário formalizado, impossibilitando, desta forma, a exclusão do crédito e a validação da DAPI substituta, a qual se encontra em situação “suspensa” no SIARE.”

Em 06 de junho de 2011 o crédito tributário referente ao Auto de Infração n.º 03.000348697-13 foi quitado pela ora Impugnante, conforme se extrai da tela SICAF anexado aos autos (fls. 174 e 179).

Em junho de 2011 a ora Impugnante protocolou na SEF/MG o Pedido de Restituição de Indébito que deu origem ao PTA n.º 16.000420356-07, alegando

pagamento indevido/duplicidade do crédito tributário referente ao Auto de Infração n.º 03.000348697-13.

Este Pedido de Restituição de Indébito foi examinado e indeferido pela SEF/MG, consoante se verifica do exame da cópia do Parecer DF/BH-1/RI/451/2011, acostado às fls. 180/181.

Agora, por meio do presente Pedido de Restituição de Indébito a Impugnante requer, novamente, a restituição da importância de R\$ 15.797,22 (quinze mil, setecentos e noventa e sete reais e vinte e dois centavos), relativa à quitação do PTA n.º 03.000348697-13. Acrescente-se que esta quantia engloba as parcelas relacionadas ao ICMS, multa de revalidação, juros e taxa de expediente para emissão do DAE (tela SICAF – fl. 174).

Tendo em vista o Pedido de Restituição de Indébito referir-se a vários pagamentos de ICMS efetuados pela ora Impugnante, a análise do mérito será subdividida em tópicos.

Restituição do Diferença de Alíquota

O recolhimento efetuado pela Impugnante, por meio do DAE pago em 09 de dezembro de 2009 na importância de R\$ 5.523,70 (cinco mil, quinhentos e vinte e três reais e setenta centavos) (fl. 157), engloba todos os valores devidos a título de diferença de alíquota apurada no mês de novembro de 2009, inclusive o valor de R\$ 3.979,91 (três mil, novecentos e setenta e nove reais e noventa e um centavos), atrelado à Nota Fiscal n.º 67.302, deu-se em conformidade com o disposto no art. 1º, inciso VII da Parte Geral do RICMS/02, uma vez tratar-se de bem destinado ao ativo imobilizado, conforme se extrai do CFOP (2551) lançado no livro Registro de Entradas (fl. 31) e, ainda, da informação nesse mesmo sentido contida no carimbo apostado na citada nota fiscal (fl. 40).

Sustenta o Fisco para não conceder a restituição que a devolução do bem não descaracteriza a ocorrência do fato gerador do ICMS diferencial de alíquota, que ocorre na entrada da mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual.

Realmente, o fato gerador do chamado diferencial de alíquota ocorre na entrada da mercadoria adquirida em outra Unidade da Federação e destinada ao ativo imobilizado. Sobre este fato não há qualquer divergência nos autos, pois a própria Impugnante recolheu o valor.

Contudo, no caso dos autos, posteriormente a entrada do bem e ao pagamento do imposto devido àquela época, houve devolução à origem da mercadoria.

Esse fato se comprova a partir da determinação da Câmara quando foi promovida a junta aos autos da nota fiscal de devolução.

Trata-se da Nota Fiscal n.º 003.667 emitida em devolução para o contribuinte "Santiago & Cintra Importação e Exportação Ltda.", São Paulo/São Paulo.

Citada nota fiscal refere-se à devolução dos bens constantes na Nota Fiscal n.º 67.302 (fl. 40), emitida por "Santiago & Cintra Importação e Exportação Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, em razão dessa devolução e do desfazimento do negócio jurídico (aquisição do bem) o valor referente ao diferencial de alíquota deixou de ser devido, devendo ser restituído ao contribuinte.

Nesse sentido, reportamo-nos à orientação da própria Secretaria de Fazenda de Minas Gerais, conforme resposta à Consulta Contribuinte n.º 049/97.

O Fisco ressalta que esta resposta se deu à luz do Regulamento do ICMS de 1996. Contudo, o diferencial de alíquotas está previsto neste a Constituição Federal de 1998 e, portanto, as orientações sobre a matéria independem da legislação mineira, mas tem fundamento na própria norma constitucional.

Para ilustrar veja-se a resposta à citada Consulta Contribuinte n.º 049/97:

Consulta de Contribuintes n.º 49/97

Consulente: Agro Industrial Volta Grande Ltda.

PTA 16.000005706-95

Origem: SRF/Baixo Rio Grande

Ementa:

DEVOLUÇÃO E RETORNO DE MERCADORIA – Para fins do ICMS, o termo “devolução” significa o desfazimento da operação, total ou parcial, com restituição da mercadoria ou bem ao remetente, não se confundindo com o “retorno” que é o não recebimento desta pelo destinatário.

Exposição

A Consulente estando em fase de implantação de um parque industrial de moagem de cana-de-açúcar, para fabricação de açúcar e álcool, tem adquirido de diversos fornecedores mercadorias como: tubos, chapas, válvulas, eletrodos, fios. Várias vezes tais mercadorias têm que ser devolvidas por não estarem de acordo com o pedido ou simplesmente porque não serão utilizadas (sobras).

Isto posto,

Consulta:

.....
4 – Quando essas mercadorias são adquiridas de outras unidades da Federação e a nota fiscal vem com o ICMS destacado, a empresa tem por obrigação o recolhimento do diferencial de alíquota (art. 61 do RICM/91), no prazo previsto no art. 107 do RICM/91.

Qual o procedimento para se aproveitar essa diferença de alíquota recolhida a maior por motivo de devolução?
.....

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer o significado dos termos "DEVOLUÇÃO" e "RETORNO".

Para fins fiscais, a "devolução" pode ser definida como a operação, através da qual um estabelecimento contribuinte promove a saída de mercadorias, que, após o recebimento pelo destinatário ou adquirente, são restituídas ao remetente. Assim, a fim de que a devolução fique caracterizada, é necessário que o destinatário ou adquirente, em primeiro lugar, receba a mercadoria, em seguida, a devolva.

Portanto, a devolução resulta do desfazimento de uma operação de compra e venda e implica, se for o caso, a inclusão da mercadoria no estoque do estabelecimento para o qual foi devolvida.

E, quanto ao "retorno", hipótese em que uma mercadoria não é recebida, ou seja, aquela que não deu entrada no estabelecimento destinatário, não há que se falar em "retorno parcial", bem como escrituração da nota fiscal por parte do adquirente

Diante do exposto,

.....
4 - O valor da diferença de alíquota que se tornou indevido, por motivo de devolução, a Consulente poderá pleitear sua restituição nos termos do art. 36 da CLTA/MG.

DOT/DLT/SRE, 07 de abril de 1997

Cumpra ainda acrescentar que o diferencial de alíquotas tem por finalidade a repartição de receitas entre os Estados de origem e destino da mercadoria. Quando há devolução da mercadoria à origem, este objetivo não se cumpre.

Importa ressaltar, por fim, que o diferencial de alíquota não é um tributo que por suas características e natureza, comporta repercussão e transferência de encargos a terceiros. Assim, não há que se falar, nesta hipótese, em cumprimento das regras do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Portanto, deve ser restituído o valor pago pela Impugnante à título de diferencial de alíquotas, uma vez comprovada a devolução do bem.

Creditamento do ICMS/Normal – relativo à devolução de imobilizado – com menos de 12 (doze) meses

Sustenta a Impugnante que o ativo imobilizado foi adquirido e não era utilizado em suas atividades operacionais, razão pela qual não houve a apropriação a título de crédito do valor do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição. Enfatiza que a operação de saída do bem de seu estabelecimento ocorreu com tributação normal, uma vez tratar-se de devolução efetuada antes de completar 12 (doze) meses de sua aquisição. Neste caso, a apropriação do valor do ICMS destacado na nota fiscal de aquisição seria legítima. Reproduz Consulta de Contribuintes nº 097/2011 (DOET/SLT)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destacando trecho de sua resposta para alicerçar sua afirmativa acerca da legitimidade do creditamento.

Muito embora não esclarecido na impugnação, na mesma linha da conclusão a que chegou o Fisco, por outros elementos constantes dos autos, por exemplo, os argumentos de fls. 05, 06 e 18, é possível entender que a Impugnante refere-se, neste tópico de sua defesa, à recomposição de sua conta gráfica, no mês de fevereiro de 2010, para apropriação do ICMS no valor de R\$ 7.270,17 (sete mil, duzentos e setenta reais e dezessete centavos) destacado na Nota Fiscal n.º 67.302 emitida em 06 de novembro de 2009 pela empresa Santiago & Cintra Importação e Exportação Ltda, haja vista que o bem adquirido através dessa nota fiscal foi devolvido ao fornecedor.

Tal ajuste acarretaria o acréscimo do saldo credor apurado em fevereiro de 2010, ou seja, o saldo de R\$ 11.138,49 (onze mil, cento e trinta e oito reais e quarenta e nove centavos) passaria para R\$ 18.408,66 (dezoito mil, quatrocentos e oito reais e sessenta e seis centavos).

Todavia, razão não assiste a Impugnante, quanto ao creditamento extemporâneo da citada importância.

A Consulta de Contribuintes n.º 097/11 trazida para alicerçar o direito ao creditamento, foi respondida em 13 de setembro de 2002, ou seja, na vigência do RICMS/96.

Entretanto, os conteúdos dos dispositivos legais contidos na resposta à Consulta de Contribuintes n.º 097/11, especificamente no item “b.1”, os quais foram destacados pela Impugnante, encontram-se reproduzidos no RICMS/02.

O art. 66, inciso II, alínea “a.1” da Parte Geral do RICMS/96 mencionado na citada consulta, por exemplo, corresponde ao art. 66, inciso II do RICMS/02. Vejamos:

RICMS/96

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

.....
II - à entrada ocorrida:

a - a partir de 1º de novembro de 1996:

a.1 - de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º e 6º;

.....
§ 5º - Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo permanente deve satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

1) ser de propriedade do contribuinte e ser utilizado em suas atividades operacionais;

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02:

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

.....
II - à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º, 6º e 12 a 16 deste artigo;

.....
§ 3º - O abatimento, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento observará o seguinte:

I - será feito à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento;

.....
§ 5º - Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo imobilizado deve satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

I - ser de propriedade do contribuinte;

II - ser utilizado nas atividades operacionais do contribuinte;

.....
Citado item “b.1” da Consulta de Contribuintes n.º 097/11 tem o seguinte teor, conforme se extrai da própria transcrição feita pela Impugnação em sua defesa:

Consulta

1 - É correto o entendimento acerca da transferência de bens registrados em seu ativo imobilizado como fato não imponible para efeito da ocorrência do fato gerador do ICMS?

.....
Resposta:

1. Sim. As saídas, internas ou interestaduais, de bens integrados ao ativo permanente, assim considerados aqueles imobilizados pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, e após o uso normal a que era destinado, estão amparadas pela não-incidência do ICMS, em conformidade com o disposto no inciso XII, artigo 5º, Parte Geral do RICMS/96, ressalvadas as hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do citado inciso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em resumo, os procedimentos são os seguintes:

.....
b - bens immobilizados adquiridos a partir de 01/11/96 e cuja saídas sejam posteriores a esta data até 31/07/2000:

b.1 - na saída desses bens com menos de 12 (doze) meses de imobilização haverá incidência do ICMS, de acordo com o artigo 2º, inciso VI c/c artigo 5º, inciso XII do RICMS/96. A Consulente poderá apropriar, sob a forma de crédito, o valor do imposto referente à entrada dos mesmos, conforme artigo 66, inciso II, alínea "a-1", observado o disposto no § 2º deste artigo;

.....
Portanto, a possibilidade de creditamento mencionada na consulta (item "b.1") respalda-se no art. 66, inciso II da Parte Geral do RICMS/96 (atual art. 66, inciso II da Parte Geral do RICMS/02), os quais impõem vários requisitos a serem satisfeitos para que o crédito seja legítimo.

Todavia, a própria Impugnante reconhece em sua peça de defesa que o bem do ativo immobilizado adquirido não era utilizado nas suas atividades operacionais (fl. 237). Esta situação já de plano exclui a possibilidade do creditamento do ICMS destacado na Nota Fiscal n.º 67.302, emitida em 06 de novembro de 2009, pela empresa Santiago & Cintra Importação e Exportação Ltda.

Não bastasse esta situação e, tendo em vista a resposta à Consulta de Contribuintes apresentada pela Impugnante deve ser destacado que a apropriação extemporânea de créditos de ICMS está condicionada às regras estabelecidas no art. 67, § 2º da Parte Geral do RICMS/02, que assim determina:

Art. 67. Ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior, o valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria ou do bem, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

.....
§ 2º O crédito do imposto corretamente destacado em documento fiscal e não aproveitado na época própria, tenha ou não sido escriturado o documento respectivo, poderá ser apropriado pelo contribuinte, mediante:

I - escrituração de seu valor no livro Registro de Entradas, se o documento fiscal ainda não houver sido lançado neste livro, fazendo-se, na coluna "Observações" e no documento fiscal, anotação da causa da escrituração extemporânea;

II - escrituração de seu valor no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no campo "Outros Créditos", se o documento fiscal já houver sido lançado no livro Registro de Entradas,

consignando-se observação esclarecedora da ocorrência;

III - comunicação do fato à repartição fazendária a que o mesmo estiver circunscrito, no prazo de 5 (cinco) dias, contado do término do período de apuração do imposto em que o crédito foi apropriado.

.....

Da análise das normas acima transcritas em confronto com as provas dos autos conclui-se que as regras que possibilitariam o crédito pleiteado pela Impugnante não foram por ela observadas. Assim, não há como deferir a restituição pleiteada.

ICMS destacado indevidamente na saída de ativo imobilizado com mais de 12 (doze) meses de uso

Quanto a este item afirma a Impugnante que, nos termos do inciso XII do art. 5º da Parte Geral do RICMS/02, a saída de bem imobilizado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, após o uso normal a que era destinado se dá ao abrigo da não incidência do ICMS. Todavia, por equívoco, teria destacado ICMS em operação que se enquadrava nesta situação.

Importa destacar que a Impugnante não informa qual valor de ICMS teria sido indevidamente destacado, nem aponta as correspondentes notas fiscais emitidas ou o período de apuração do imposto a que se refere. Além disso, não fez referência, neste item de sua defesa (fl. 239), aos fundamentos do Parecer de fls. 196/203, como fez nos outros itens da impugnação. Contudo, esta menção não poderia ser feita uma vez que no Pedido de Restituição de Indébito original esta questão não foi tratada.

A ausência de informações tais como valor, identificação da nota fiscal e período de apuração do imposto, impedem maiores comentários sobre estas alegações de defesa.

Inócuas, portanto, as alegações deste tópico da Impugnação.

ICMS destacado na nota fiscal complementar

Argui a Impugnante que a norma estatuída no art. 83 da Parte Geral do RICMS/02 e art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do mesmo diploma legal, que exige o recolhimento do ICMS, em DAE distinto, não se aplica no caso concreto de emissão de nota fiscal complementar apenas para cumprimento de obrigação acessória, uma vez que o ICMS devido na operação foi recolhido, quando da emissão da nota fiscal original (devolução efetiva da mercadoria).

No Pedido de Restituição de Indébito (fls. 06/07) a ora Impugnante afirmou que teria recolhido indevidamente o ICMS apurado no mês de abril de 2010 na importância de R\$ 5.772,02 (cinco mil, setecentos e setenta e dois reais e dois centavos), em função do destaque indevido do ICMS na Nota Fiscal n.º 20 emitida em 08 de abril de 2010 (fl. 43), a qual foi lançada no livro Registro de Saídas do mês de abril de 2010 (fl. 47).

Esclareceu, ainda, naquela oportunidade, que o imposto da operação retratada pela Nota Fiscal n.º 20 já havia sido lançado no livro Registro de Saídas do

mês de março de 2010 (fl. 46), quando do registro da Nota Fiscal n.º 3769, de 25 de março de 2010 (fls. 41/42).

Prossegue a Impugnante alertando, à fl. 06, que na Nota Fiscal n.º 3769, de 25 de março de 2010, relativa à remessa de mercadoria para fins de demonstração em outra unidade da Federação, não houve destaque do ICMS. Para sanar tal irregularidade teria emitido no mês de abril a Nota Fiscal n.º 20 com destaque do ICMS.

Requeru aquela ocasião (fl. 20) a alteração de sua Conta Gráfica, no tocante ao mês de abril de 2010 para exclusão do débito do ICMS (R\$ 6.000,00 – seis mil reais) originário do registro da Nota Fiscal n.º 20.

Mediante confronto da documentação constante dos autos com a legislação tributária pertinente conclui-se que a ora Impugnante cometeu alguns equívocos.

A Impugnante emitiu, em 25 de março de 2010 a Nota Fiscal n.º 3769 (fls. 41/42) sem o destaque do ICMS devido na operação, uma vez tratar-se de saída de mercadoria em demonstração para outra Unidade da Federação (São Paulo).

Posteriormente, lançou esta nota fiscal no livro Registro de Saídas (fl. 46) consignando na coluna - “Imposto Debitado” - a importância de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), muito embora a Nota Fiscal n.º 3769 não contivesse o destaque do imposto.

A Defendente emitiu, em 08 de abril de 2010, documento fiscal complementar (Nota Fiscal n.º 20, DANFE anexado à fl. 43) visando regularizar a falta de destaque do imposto devido na operação retratada pela Nota Fiscal n.º 3769.

O ICMS destacado na Nota Fiscal n.º 20 não foi recolhido em DAE distinto, conforme determina o art. 14, § 3º do Anexo V do RICMS/02 c/c art. 83 da Parte Geral do RICMS/02, mas sim, lançado no livro Registro de Saídas (fl. 47) e somado aos outros débitos do período, no momento da apuração do ICMS do mês de abril de 2010.

Em virtude de não haver provas nos autos de que o ICMS relativo à Nota Fiscal n.º 20 tenha sido recolhido em DAE distinto, com os acréscimos legais, não há se falar em “Recomposição da Conta Gráfica” para promover o ajuste solicitado pela Impugnante, haja vista que as disposições contidas nos art. 83 da Parte Geral do RICMS/02 e art. 14 da Parte 1 do Anexo XV do mesmo diploma legal aplicam-se ao caso em tela.

Quesitos relacionados à recomposição da conta gráfica e restituição do valor pago referente ao Auto de Infração n.º 03.000348697-13:

Argumenta a Impugnante que, restando comprovado o recolhimento indevido do ICMS, seja em razão de escrituração errônea dos livros fiscais ou de emissão de nota fiscal e que não houve transferência do encargo financeiro a terceiros, é legítimo o direito à restituição da parcela indevidamente recolhida.

Diferentemente do alegado pela Impugnante não há comprovação nos autos de recolhimento indevido de ICMS, bem como não podem ser acolhidos os ajustes por ela pretendidos em sua conta gráfica (fls. 18/25).

Ademais, não há prova nos autos de assunção pela Impugnante de encargo financeiro.

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, devendo ser devolvido ao Contribuinte o valor relativo ao diferencial de alíquota, conforme demonstrado no quadro de fls. 197. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Assistiu ao julgamento, pela Impugnante, a Dra. Carla Suely Nogueira dos Santos. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor), Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 16 de abril de 2013.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**

CC/MG