

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.512/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000505174-53
Impugnação: 40.010136027-13
Impugnante: Pedra Sul Mineração Ltda
IE: 408728876.00-21
Proc. S. Passivo: João Batista Côrtes Sálvio Veiga
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição fundado na tributação a maior de operações interestaduais com areia e brita. Tendo restado demonstrado nos autos que a correta tributação das mercadorias era à alíquota de 7% (sete por cento) e cumpridos os requisitos impostos no art. 166 do Código Tributário Nacional, deve ser restituído a Impugnante o valor pleiteado.

Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

A ora Impugnante protocolou pedido de restituição de ICMS (fls. 05/11), alegando, em síntese:

- tem por atividade a extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil);

- emitiu diversas notas fiscais relativas às saídas de tais mercadorias com destino às empresas Acciona Infraestructuras S/A, situada no Município de Três Rios/Rio de Janeiro e Delta Construções S/A, situada no Município do Rio de Janeiro/Rio de Janeiro, ambas não contribuintes do ICMS;

- na emissão das referidas notas fiscais aplicou incorretamente as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento);

- é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS por débito e crédito, situação em que a aplicação incorreta da alíquota de ICMS gerou o recolhimento do imposto a maior;

- o art. 42, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.2” da Parte Geral do RICMS/02 determina que nas operações internas tais produtos são tributados pela alíquota de 7% (sete por cento) e, da mesma forma devem ser tributados nas operações interestaduais quando destinadas a não contribuintes do imposto, por força do inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1”;

- este entendimento tem respaldo na Consulta de Contribuinte n.º 156/06;
- nas operações em questão aplicou-se alíquota do ICMS maior que a devida, levando a débito o imposto destacado nas respectivas notas fiscais emitidas;
- assim, cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02.

Ao final, relaciona todas as notas fiscais emitidas nas operações objeto do pedido de restituição, e, em cumprimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS/02 e art. 166 do Código Tributário Nacional, junta declaração das destinatárias de que não são contribuintes do ICMS e não se apropriaram dos créditos de ICMS destacados nas referidas notas fiscais, como também autorizam o pedido de restituição.

Da Instrução Processual

A então Requerente foi intimada em 23 de dezembro de 2013 (fls. 188/189) a apresentar documentos e, às fls. 190/191, requer dilatação do prazo, tendo lhe sido deferida a prorrogação nos termos do despacho de fls. 192/194.

A Requerente comparece aos autos, às fls. 197/198 e junta os documentos de fls. 199/1.374.

É emitido o Parecer Fiscal de fls. 1.375/1.391, pelo deferimento parcial do pleito para restituir o valor de R\$ 8.146,60 (oito mil, cento e quarenta e seis reais e sessenta centavos), por não ser possível comprovar a aquisição das mercadorias relacionadas às demais notas fiscais objeto do requerimento, excluindo-se, também, todas as notas fiscais da destinatária Acciona Infraestrutura S/A, por não haver comprovação do registro destas pela destinatária.

Do Deferimento do Pedido de Restituição

Em despacho de fl. 1.405 o Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, fundamentado no Parecer Fiscal de fls. 1.375/1.391, defere a restituição da quantia de R\$ 8.146,60 (oito mil, cento e quarenta e seis reais e sessenta centavos), recolhidos em razão de destaque indevido em diversas notas fiscais, devendo ser efetivada sob a forma de crédito fiscal, nos termos do inciso II do art. 35 do RPTA.

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.408/1.420, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

- tem por atividade a extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil);

- emitiu diversas notas fiscais relativas às saídas das referidas mercadorias em operações interestaduais destinadas às empresas Acciona Infraestruturas S/A e Delta Construções S/A, ambas não contribuintes do ICMS, aplicando, incorretamente, as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS, débito e crédito, e, assim, a aplicação incorreta das alíquotas de ICMS gerou o recolhimento do imposto maior que o devido, ensejando o pedido de restituição;

- no parecer do DD. Auditor Fiscal restou clara sua concordância quanto a aplicação indevida da alíquota prevista para operações objeto do pedido, quanto a condição de não contribuintes do ICMS das destinatárias e quanto o atendimento ao disposto nos arts. 92 § 3º do RICMS/02 e 166 do Código Tributário Nacional;

- como ao emitir as notas fiscais em questão aplicou alíquotas do ICMS maiores que as devidas, levando a débito o imposto incorretamente destacado a maior, resultando na apuração de ICMS a recolher a maior que o devido, é cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02;

- o direito à restituição de imposto recolhido à maior tem como regra matriz os arts. 165 a 168 do Código Tributário Nacional;

- transcreve os incisos I e II do art. 165 do Código Tributário Nacional;

- declarações dos destinatários juntadas atestam sua condição de não contribuinte e autorizam o recebimento das restituições em questão, em cumprimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional;

- o direito de pleitear a restituição de tributo recolhido a maior somente se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 168, inciso I do Código Tributário Nacional;

- cita os arts. 150, § 4º e 156, inciso I do Código Tributário Nacional;

- preenche todos os requisitos para o deferimento de seu pleito;

- conforme parecer do Auditor Fiscal, foram excluídas do pedido de restituição as Notas Fiscais n.ºs 033955 até 036365, tendo em vista o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contado da data de ocorrência do fato gerador, pela aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- o dispositivo invocado não se aplica ao presente caso, pois o direito à restituição se encontra regulado pelos arts. 165 a 169 do Código Tributário Nacional;

- sendo o ICMS um imposto lançado por homologação, nos termos do art. 168, inciso I, c/c o art. 165, inciso I e II do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição de tributo recolhido à maior, em razão erro na determinação da alíquota aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos a contar da data de extinção do crédito tributário;

- por sua vez o art. 150, § 1º do Código Tributário Nacional determina que nos lançamentos por homologação o pagamento antecipado extingue o crédito tributário sob condição resolutória até ulterior homologação do lançamento;

- cita o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o imposto destacado nas notas fiscais emitidas nos meses de novembro de 2008 somente teriam seus pagamentos efetuados nos meses dezembro de 2008 e janeiro de 2009, respectivamente;
- a Consulta Interna n.º 243/08, mesmo que direcionada para a verificação da apropriação indevida de créditos, se aplica ao presente caso;
- o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais corrobora o disposto da consulta, conforme se extrai do Acordão n.º 4.126/13/3ª;
- o erro na determinação da alíquota aplicável do ICMS nos meses de novembro e dezembro de 2008 somente produziu efeitos sobre o saldo de ICMS a recolher em períodos subsequentes não atingidos pela decadência;
- o Auditor Fiscal consultando os arquivos do Sintegra constatou que a destinatária Delta Construções S/A não apresentou os arquivos eletrônicos no período de novembro de 2008 a março de 2010 e exclui as notas fiscais não registradas no Sintegra pelas destinatárias por não ter sido possível comprovar a aquisição das mercadorias nelas relacionadas;
- não tem como exigir de seus destinatários o cumprimento de obrigações acessórias fiscais e, em momento algum, foi intimada para apresentar comprovação da aquisição das mercadorias pelos citados destinatários;
- para comprovar tais aquisições junta documentos que comprovam os pagamentos efetuados pelas citadas destinatárias;
- junta, também, o demonstrativo dos depósitos efetuados pela Acciona Infraestruturas S/A, as respectivas liquidações das vendas efetuadas e o demonstrativo das faturas emitidas correlacionadas com as notas fiscais emitidas para a empresa Delta Construções S/A.

Ao final, requer, na eventualidade de restar dúvidas, perícia para comprovar as aquisições das mercadorias pelas destinatárias apresentando quesitos e nomeando assistente técnico e a procedência na sua integralidade do pedido de restituição do ICMS destacado a maior, mediante o creditamento em sua escrita fiscal.

Da Instrução Processual

À fl. 2.028 é juntado o Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000009143-79 pelo qual, para saneamento da impugnação relativa ao presente pedido de restituição de ICMS são solicitados os documentos lá listados.

A Impugnante comparece aos autos às fls. 2.029/2.030.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco manifesta-se às fls. 2.031/2.043, refutando os argumentos da Defesa, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

- a Impugnante tem razão quando assevera que o direito à restituição do ICMS, recolhido a maior, tem como regra os arts. 165 a 168 do Código Tributário Nacional, tendo inclusive cumprido o que estabelece no art. 166 do mesmo Código;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no caso presente, os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 30 de novembro de 2008 foram confrontados em 30 de novembro de 2008, devendo o ICMS ser recolhido até 15 de dezembro de 2008, e para os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 31 de dezembro de 2008, confrontados em 31 de dezembro de 2008, devendo o ICMS ser recolhido até 15 de janeiro de 2009;

- ocorre que do confronto dos débitos e créditos na apuração do ICMS dos períodos de novembro e dezembro de 2008, apurou-se saldo credor a ser transferido para o mês seguinte, vindo o contribuinte a ter débito de ICMS somente na apuração do ICMS do período de abril de 2009;

- o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05, esclareceu que para fins de interpretação do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- no caso, a Impugnante teria o prazo até 15 de dezembro de 2008 e 15 de janeiro de 2009 para recolher o ICMS apurado nos períodos de novembro e dezembro de 2008 respectivamente, o que não ocorrera devido a apurar créditos;

- a Impugnante protocolou o pedido de restituição em 03 de dezembro de 2013, o que em tese, para os fatos geradores ocorridos antes de 03 de dezembro de 2008, haveria a decadência, a luz do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- contudo, a luz do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional c/c o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05, o prazo decadencial iniciar-se-ia em 15 de dezembro de 2008, ficando, portanto, dentro do prazo decadencial, todos os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 30 de novembro de 2008;

- assim, devem ser incluídas as notas fiscais, anteriormente excluídas, relativas ao período de 1º de novembro a 02 de dezembro de 2008;

- a alegação da Impugnante que o Fisco, pelo Parecer Fiscal, concordou nas questões relacionadas à condição de não contribuintes do ICMS das destinatárias e o atendimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS e no art. 166 do Código Tributário Nacional, merece acolhida;

- também merece acolhida a afirmação de que o Fisco excluiu todas as notas fiscais não declaradas no Sintegra pelas empresas destinatárias;

- atendendo ao questionamento da Impugnante, de que não fora intimada a apresentar comprovação da aquisição das mercadorias pelas destinatárias, foi emitido o Auto de Início de Ação Fiscal n.º 10.000009143-79;

- pelas planilhas denominadas “Relação de depósitos efetuados pela destinatária Acciona Infraestructuras S/A e respectivas quitações de notas fiscais ou/ou faturas” constatou-se que a Impugnante levou a débito as notas fiscais ou faturas emitidas contra a destinatária e a crédito os adiantamentos feitos pela destinatária pelos depósitos bancários, apurando-se o “saldo” após cada operação em ordem cronológica, representando esta planilha o controle dos Adiantamentos da Cliente e destinatária “Acciona Infraestructuras S/A”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no entanto, da análise do Balanço Patrimonial da Impugnante, lançado em seus Diários, verifica-se que a conta Adiantamentos de Clientes não tem saldo em 31 de dezembro de 2008;

- se a Impugnante apresenta saldo em 31 de dezembro de 2008 de Adiantamentos da destinatária Acciona Infraestructuras S/A e, no Balanço Patrimonial encerrado na mesma data a conta Adiantamento de Clientes sequer apresenta saldo, existe inconsistência nas informações por ela prestadas;

- muito embora tenha sido acatada a tese de defesa quanto à decadência para as notas fiscais emitidas pela destinatária “Acciona Infraestructuras S/A”, devem ser excluídas da restituição todas as notas fiscais emitidas para tal destinatária por não haver comprovação da aquisição destas ou documentos que comprovem claramente o recebimento dos valores correspondentes as operações nelas noticiadas;

- numa análise por amostragem dos recebimentos das operações destinadas a Delta Construções S/A do exercício de 2010, verifica-se que a Impugnante emitiu duplicatas com cobrança bancária simples, cujos valores foram creditados no Bradesco e estão corretamente lançados no Livro Razão do exercício de 2010, confirmando, portanto, as operações relacionadas nas planilhas “Demonstrativo de recebimentos das notas fiscais emitidas para a empresa Delta Construções S/A” para o exercício de 2010;

- assim, os documentos carreados aos autos comprovam o recebimento pela Impugnante dos valores correspondentes às notas fiscais emitidas para a “Delta Construções S/A”, mas não comprovam que recebera as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto do requerimento, ou mesmo que os pagamentos dos valores correspondentes as estas mercadorias tenham sido pagos pela destinatária;

- como mesmo após a intimação a Impugnante não trouxe os documentos comprobatórios necessários deve ser mantido o despacho que se limitou a restituir ao ICMS destacado nas notas fiscais destinadas a Delta Construções S/A que foram declaradas no Sintegra desta destinatária;

- é desnecessária a realização de prova pericial nos termos da alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 142 do RPTA.

Ao final, pede o julgamento da improcedência da impugnação.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal de Juiz de Fora que, com fundamento no parecer de fls. 1.375/1.391, deferiu parcialmente a restituição pleiteada pela ora Impugnante.

Da Preliminar

O Patrono da Impugnante solicitou a juntada de documentos após a fase de instrução processual. Contudo, entendendo a Câmara que os autos já se encontram plenamente saneados e guarnecidos de documentos suficientes para o pleno deslinde da questão, indefere-se o requerimento de juntada de documentos formulado da Tribuna.

Tal indeferimento em nada prejudica a defesa da Impugnante.

Da Perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária tal prova à elucidação de eventuais obscuridades do processo.

Para tanto formula os seguintes quesitos (fl. 1.419):

- “1) As notas fiscais objeto de pedido de restituição foram devidamente registradas na escrituração contábil da impugnante?
- 2) Os depósitos bancários efetuados pela empresa destinatária Acciona Infraestructuras foram devidamente registrados na escrituração contábil da Impugnante?
- 3) Em relação as notas fiscais emitidas tendo como destinatária a empresa Acciona Infraestructuras S/A, encontra-se evidenciado na escrita contábil da Impugnante a liquidação ou pagamento destas notas fiscais por meio dos depósitos bancários realizados pela referida destinatária?
- 4) Pelos documentos bancários, extratos e avisos de lançamento, é possível afirmar com certeza que os depósitos bancários foram realizados pela empresa Acciona Infraestructuras S/A?
- 5) Em relação às notas fiscais emitidas tendo como destinatária a empresa Delta Construções S/A, encontra-se evidenciado na escrita contábil da Impugnante a liquidação ou pagamento destas notas fiscais por meio de cobrança bancária ou eventuais depósitos bancários?
- 6) Os documentos bancários (extratos, avisos de lançamento e relatórios de títulos liquidados em cobrança relativa) e seus respectivos lançamentos contábeis da Impugnante são suficientes para comprovação da aquisição das mercadorias pelos destinatários em questão?”

Não obstante os quesitos formulados, o pedido suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram a produção de prova pericial.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

"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 vertido. Assim, indefere-se o pedido" (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG)

Ademais, todos os questionamentos apresentados nos quesitos formulados pela Impugnante já encontram resposta nos autos, como se verá na fase de mérito desta decisão.

Assim, observado o disposto no inciso III do art. 154 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747 de 03 de março de 2008, o requerimento de perícia deve ser indeferido, com fundamento no § 1º, inciso II, alínea "a" do art. 142 do referido diploma legal.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento sem causar nenhum tipo de prejuízo a Impugnante.

Do Mérito

Em relação ao mérito do Pedido de Restituição tem-se dos autos que a Impugnante exerce atividade de extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil).

No cumprimento de suas atividades, e atendendo a legislação tributária, a Impugnante emitiu notas fiscais acobertando saídas das referidas mercadorias em operações interestaduais destinadas às empresas Acciona Infraestruturas S/A e Delta Construções S/A, ambas não contribuintes do ICMS, aplicando, incorretamente, as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento).

Importa ressaltar que não há divergência nos autos em relação à condição de não contribuinte das destinatárias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A própria Fiscalização, no Parecer Fiscal de fls. 1.375/1.391, assim se manifesta:

As demonstrações contábeis acostadas às fls. 1.366 a 1.369, publicadas no Diário Oficial Empresarial de São Paulo, comprovam que a destinatária – “ACCIONA Infraestruturas S/A” não é contribuinte do ICMS, eis que as Demonstrações do Resultado do Exercício de 2007, 2008, 2009 e 2010, comprovam que não houve receita advinda de vendas de mercadorias mas tão somente receita bruta de serviços, o que, s.m.j dispensaria inclusive a declaração desta de que não é contribuinte do ICMS.

As demonstrações contábeis acostadas às fls. 1.362 a 1.365, publicadas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, comprovam que a destinatária – “Delta Construções S/A”, não é contribuinte do ICMS, eis que as Demonstrações do Resultado do Exercício de 2009, 2010 e 2011, comprovam que não houve receita advinda de vendas de mercadorias mas tão somente receita bruta de serviços.

A Impugnante é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS, ou seja, débito e crédito. Assim, a aplicação incorreta das alíquotas de ICMS gerou o recolhimento do imposto maior que o devido ou, no mínimo redução de seu saldo credor no período, ensejando o pedido de restituição.

Cumprido destacar que o deferimento parcial já promovido pela Fiscalização traçou a mesma linha do pedido constante da impugnação (fl. 1.420) concedendo a restituição na forma de creditamento na escrita fiscal da Requerente.

O deferimento parcial foi fundamentado no já citado Parecer Fiscal de fls. 1.375/1.391. Neste parecer resta claro o entendimento não só quanto à condição de não contribuinte das destinatárias, quanto à aplicação indevida da alíquota prevista para operações objeto do pedido de restituição, bem como o atendimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS/02 e no art. 166 do Código Tributário Nacional.

Contudo, o pedido foi deferido apenas em parte para:

- exclusão de todas as notas fiscais emitidas antes de 03 de dezembro de 2008, ou seja, da Nota Fiscal n.º 033955, de 1º de novembro de 2008 até a Nota Fiscal n.º 036365, de 02 de dezembro de 2008, por força da regra do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- exclusão de todas as notas fiscais não declaradas no Sintegra pelas empresas destinatárias, tendo o Fisco entendido que, nestes casos, não houve a comprovação de aquisição das mercadorias objeto das referidas notas fiscais.

Repita-se, pela importância, que a Impugnante produz e comercializa mercadorias obtidas pelo processo de moagem e fragmentação de pedra bruta, tais como; brita de vários tamanhos, areia industrial, pedra marroada, etc.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As operações internas de saída destas mercadorias eram tributadas pelo ICMS, à época da ocorrência das operações em relação às quais se requer a restituição, mediante a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.2”, Parte Geral do RICMS/02, a saber:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

.....
Efeitos de 1º/01/2012 a 27/03/2012 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 45.792, de 02/12/2011:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2012;”

Efeitos de 1º/01/2011 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.510, de 29/11/2010:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2011;”

Efeitos de 1º/01/2010 a 31/12/2010 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.245, de 15/12/2009:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2010;”

Efeitos de 1º/01/2009 a 31/12/2009 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.965, de 28/11/2008:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2009;”

Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2008;”

Efeitos de 15/12/2007 a 26/03/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, VI, ambos do Dec. nº 44.676, de 14/12/2007:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2008;”

Efeitos de 1º/01/2007 a 14/12/2007 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, IV, “a”, ambos do Dec. nº 44.420, de 20/12/2006:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2007;”

Efeitos de 14/01/2006 a 31/12/2006 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.206, de 13/01/2006:

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2006;”

Da transcrição do texto regulamentar acima é possível verificar que, no período de 14 de janeiro de 2006 a 27 de março de 2012, a alíquota para a mercadoria “brita”, assim considerados todos os subprodutos da moagem da pedra bruta, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consulta de Contribuintes n.º 156/06 apresentada pela Impugnante, era de 7% (sete por cento). Apenas a título informativo, depois deste período, ou seja, a partir de 28 de março de 2012, tais operações passaram a ser isentas do ICMS, nos termos do item 189 da Parte 1 do Anexo I do RICMS.

Como a alíquota interna era de 7% (sete por cento), esta também é a alíquota a ser utilizada para cálculo do imposto nas operações interestaduais com tais produtos quando destinadas a não contribuintes do imposto. Esta regra constitucional consta também do inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” do próprio art. 42 da Parte Geral do RICMS.

Pelo exposto, não restam dúvidas de que a Impugnante ao emitir as notas fiscais nas quais se encontra destacado o imposto objeto do pedido de restituição ora analisado em sede de impugnação, aplicou alíquotas do ICMS maiores que as devidas, levando a débito o imposto incorretamente destacado a maior, resultando na apuração de ICMS a recolher maior que o devido.

Diante disto, cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02, *in verbis*:

Art.92. A importância indevidamente paga aos cofres do estado, a título de ICMS, será restituída sob a forma de aproveitamento de crédito, para compensação com débito futuro do imposto, mediante requerimento do contribuinte, instruído na forma prevista na legislação tributária administrativa estadual.

A partir desta constatação surge uma discussão nos autos em relação a ocorrência de decadência que fulminaria o pedido da Impugnante.

No caso presente, para os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 30 de novembro de 2008 o ICMS deveria ser recolhido até 15 de dezembro de 2008, e para os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 31 de dezembro de 2008, deveria o ICMS ser recolhido até 15 de janeiro de 2009.

Ocorre que a Impugnante, no confronto dos débitos e créditos na apuração do ICMS dos períodos de novembro e dezembro de 2008, apurou saldo credor a ser transferido para o mês seguinte, vindo a ter débito de ICMS somente na apuração do ICMS do período de abril de 2009.

No entanto, o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05, esclareceu que para fins de interpretação do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

A Impugnante, no caso dos autos, teria até 15 de dezembro de 2008 e 15 de janeiro de 2009, respectivamente, para recolher o ICMS apurado nos períodos de novembro e dezembro de 2008, o que não ocorrera devido a apurar créditos.

A Impugnante protocolou o pedido de restituição em 03 de dezembro de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O direito de pleitear a restituição de tributo recolhido a maior que o devido, conforme previsto nos incisos I e II do art. 165 do Código Tributário Nacional, somente se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, conforme preceitua o art. 168, inciso I, do mesmo diploma legal, in verbis.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso o prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

.....

Para não deixar dúvidas quanto à correta interpretação do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, a Lei Complementar n.º 118/05 trouxe em seu art. 3º a seguinte disposição:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei.

A luz do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional c/c o art. 3º da Lei Complementar n.º 118/05, o prazo decadencial se iniciaria em 15 de dezembro de 2008, caso houvesse saldo do devedor do ICMS a recolher para a competência novembro de 2008. Contudo, no caso, não houve imposto a recolher em novembro de 2008, ficando, portanto, dentro do prazo decadencial, todos os fatos geradores ocorridos no período de 1º a 30 de novembro de 2008.

A Consulta Interna n.º 243/08, extraída pela Impugnante do Acórdão n.º 4.126/13/CE, ambos citados em sua defesa, trata da possibilidade da fiscalização e apuração de crédito tributário de período anterior ao prazo decadencial, quando o instituto da decadência trata da extinção do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

Assim, a questão não caracterizada a ocorrência da decadência, não se pode, sob esta fundamentação, incluir da restituição as notas fiscais relativas ao período de 1º de novembro de 2008 a 02 de dezembro de 2008.

A Impugnante juntou ao pedido de restituição declaração dos destinatários, atestando sua condição de não contribuinte, com as respectivas autorizações para que esta requeresse e recebesse as restituições em questão, em cumprimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional que assim determina:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado e recebê-la.

O Fisco excluiu da restituição já deferida todas as notas fiscais não declaradas no Sintegra pelas empresas destinatárias, sob o fundamento de não ter havido a comprovação da aquisição das mercadorias objeto das referidas notas fiscais.

O Despacho de restituição parcial de crédito de ICMS (fl. 1.405) limitou-se às planilhas de fls. 1.399/1.401, que tratam das notas fiscais emitidas pela Impugnante e declaradas/registradas no Sintegra da destinatária “Delta Construções S/A”, no período de outubro de 2010 a dezembro de 2011. Quanto à destinatária “Acciona Infraestructuras S/A”, como não foram apresentados os arquivos eletrônicos do período de novembro de 2008 a março de 2010, o Fisco não incluiu as respectivas notas fiscais na restituição deferida, sob o fundamento de não ter sido possível comprovar, de forma inequívoca, a aquisição das mercadorias relacionadas nas notas fiscais, cujos registros não foram declarados nos arquivos Sintegra da destinatária.

A Fiscalização, consultando os arquivos do Sintegra, constatou que:

- a destinatária Delta Construções S/A somente transmitiu o registro das notas fiscais relacionadas nas planilhas “Notas fiscais de Entrada no RIS do contribuinte Delta Construções S/A – exercício 2010 – remetente: Pedra Sul Mineração Ltda.” e “Notas Fiscais de Entrada no RIS do contribuinte Delta Construções S/A – Exercício 2011 – Remetente: Pedra Sul Mineração Ltda.”;
- a destinatária Acciona Infraestructuras S/A não apresentou os arquivos eletrônicos no período de novembro de 2008 a março de 2010.

No entanto, é preciso ressaltar que a Requerente não tem como exigir de seus destinatários o cumprimento de obrigações acessórias fiscais e, o fato destes não atenderem a tais obrigações, ainda mais no caso dos autos que tais destinatários não são contribuintes do imposto, não pode inviabilizar a restituição pleiteada.

Para atestar as aquisições das mercadorias pelas destinatárias Acciona Infraestructuras S/A e Delta Construções S/A a Impugnante juntou aos autos documentos que comprovam os pagamentos efetuados pelas citadas destinatárias.

Com relação às notas fiscais emitidas pela destinatária Acciona Infraestructuras S/A, os pagamentos eram efetuados mediante depósitos identificados na conta corrente da Impugnante no Banco Bradesco S/A, como se comprova pelas cópias dos extratos bancários anexados aos autos. Os depósitos eram efetuados em valores determinados pela empresa Acciona e as notas fiscais quitadas na medida em que os valores eram depositados.

No tocante as notas fiscais tendo como destinatária a empresa Delta Construções S/A, foram emitidas as respectivas faturas, cujos pagamentos eram efetuados através de cobrança bancária, conforme se comprova pelos comprovantes de cobrança onde as faturas liquidadas se encontram relacionadas e cópia dos extratos bancários da Conta n.º 107.853-4 do Banco Bradesco S/A, onde se encontram os valores creditados. Eventualmente os pagamentos de algumas faturas eram efetuados mediante depósito identificado em sua Conta Corrente n.º 107.852-6. Para comprovar a Impugnante juntou aos autos cópia das faturas emitidas, de todos os comprovantes de liquidação de cobrança e dos extratos das contas no Banco Bradesco S/A.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante juntou também o demonstrativo dos depósitos efetuados pela empresa Acciona Infraestruturas S/A e suas respectivas liquidações das vendas efetuadas e o demonstrativo das faturas emitidas correlacionadas com as notas fiscais emitidas para a empresa Delta Construções S/A.

Assim, os documentos carreados aos autos, sejam depósitos bancários ou comprovantes de recebimentos de cobrança bancária, comprovam o recebimento pela Requerente, dos valores correspondentes às notas fiscais emitidas para as destinatárias. Não é crível que as destinatárias tenham pagado por algo que não receberam. Portanto, a comprovação de quitação das obrigações mercantis, comprova a circulação da mercadoria e que esta se deu pelo valor lançado nas notas fiscais que, no caso, estavam com valores de ICMS além do devido dada a utilização incorreta da alíquota.

Dessa forma, estando a Impugnante autorizada a requerer e receber a restituição na forma do art. 166 do Código Tributário Nacional, devem a ela ser restituídos, sob a forma de créditos, conforme por ela pedido em sua impugnação, os valores pagos a maior.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o requerimento de juntada de documentos formulado da Tribuna pelo patrono da Impugnante. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Batista Côrtes Sálvio Veiga e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Luciana Goulart Ferreira.

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2014.

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