

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.161/16/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000405945-62
Impugnação: 40.010139668-98
Impugnante: Wyeth Indústria Farmacêutica Ltda.
IE: 001335423.00-96
Proc. S. Passivo: Janaína Andrade Nacif/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS- APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR – DEVOLUÇÃO DE MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Constatação fiscal de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, na condição de contribuinte substituto tributário, em razão da utilização, em forma de créditos, de valores indevidos e irregularmente lançados nas GIA/ST, mais especificamente nos campos “VRDEVOLUÇÃO” (dedutores do valor do ICMS/ST devido a Minas Gerais). Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º, inciso I e 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST devido a este estado, no período de janeiro de 2010 a novembro de 2014, em razão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS/ST, em operações de devolução de mercadorias, conforme informações constantes das Guias Nacionais de Informação e Apuração do ICMS por Substituição Tributária (GIA/ST).

A Autuada é estabelecida no estado de São Paulo e inscrita no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais como substituta tributária por força de protocolo.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 43/61, na qual alega nulidade do lançamento e questiona o mérito. A Fiscalização manifesta-se às fls. 126/146, refuta as alegações da defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante pede a nulidade do auto de infração ao argumento de ter a Fiscalização incorrido em erro na capitulação da infração que lhe foi imputada, de recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária.

Alega serem incontroversas, tanto a retenção correta do imposto no momento da circulação das mercadorias com destino aos contribuintes mineiros, quanto as posteriores devoluções, operações que, ao seu entendimento, lhe originam direito a crédito do ICMS/ST, em respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Admite, todavia, a ocorrência da infração de descumprimento de obrigação acessória, qual seja, o aproveitamento de créditos de ICMS/ST com base em notas fiscais de devolução, não revestidas das formalidades legais exigidas para fins do pretendido creditamento.

Conclui que as operações autuadas não resultaram em recolhimento a menor de imposto, mas, ao contrário, geraram créditos a ser apropriados, por isso haveria erro na capitulação legal da citada infringência e da respectiva multa de revalidação, ensejando a nulidade do lançamento.

Muito embora tal conteúdo se confunda com o mérito (direito a crédito do ICMS/ST nas devoluções), cabe enfrentar a alegação de nulidade e esclarecer o errôneo raciocínio apresentado.

Para deslinde da questão basta verificar a Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS por Substituição Tributária (GIA/ST), documento de preenchimento e transmissão obrigatórios para o contribuinte de outra unidade da Federação, inscrito como substituto tributário neste estado e que realize operações enquadradas no regime de ST, conforme art. 152, inciso IV, alínea "a", Anexo V do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 152. O contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS entregará, em relação a cada estabelecimento:

(...)

IV - a Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST), quando se tratar de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade da Federação, que promova:

a) operações sujeitas à retenção do imposto em favor deste Estado;

(...)

Referida GIA/ST é apresentada no Anexo II do Auto de Infração, constante da mídia eletrônica de fls. 33.

Os valores lançados até o campo VRRetido (ICMS retido por ST) são todos oriundos das notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A partir daí, os demais campos preenchidos na GIA/ST, ICMS de Devoluções de Mercadorias; ICMS de Ressarcimento; Crédito de Período Anterior e Pagamento Antecipado, são extraídos da escrita fiscal do contribuinte, e figuram como dedutores do valor retido originalmente no documento fiscal para, enfim, ser apurado o valor do ICMS/ST devido no mês de apuração (VRSTDevido).

Portanto, se os abatimentos lançados nesses campos forem indevidos, a apuração implicará em recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária, caso dos autos.

Assim, a infração foi corretamente caracterizada, sem qualquer erro na capitulação legal, conforme demonstrado às fls. 10/11 dos autos.

Toda a capitulação legal se coaduna perfeitamente ao caso concreto, implicando em exigência não só do imposto por substituição tributária, bem como da Multa de Revalidação, capitulada no inciso II do art. 56, exigida em dobro por força do seu § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI ambos da Lei nº 6.763/75.

A Autuada argui, ainda, a nulidade do Auto de Infração alegando cerceamento de seu direito de defesa por violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Entende que o lançamento baseou-se em presunção, uma vez que o trabalho foi elaborado com base em arquivos eletrônicos entregues pela Impugnante, mas que deveria ao menos terem sido solicitadas e analisadas as notas fiscais que lastrearam as operações, em respeito ao princípio da verdade material.

Entretanto, cabe inicialmente ressaltar que todos os requisitos exigidos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

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

No caso concreto foge à razoabilidade a alegação de presunção em relação a dados declarados pela própria Impugnante em sua GIA/ST e notas fiscais.

É incontroverso que as devoluções ocorreram, pois os dados utilizados nas planilhas elaboradas pela Fiscalização para identificar os créditos indevidos, quantificar os valores de imposto que devem ser estornados e apurar o ICMS por substituição tributária que foi recolhido a menor foram retirados das notas fiscais emitidas pela Contribuinte e declarados na GIA/ST.

O Anexo I do Auto de Infração contém as planilhas originais entregues pela Contribuinte em atendimento à intimação, em que ele separa as operações de “bate e volta” (retornos de mercadorias não entregues) das devoluções de clientes, ambas lançadas no campo “VRDevolução” da GIA/ST.

São essas planilhas (elaboradas pela Impugnante) que serviram de base para a verificação fiscal, a qual tem lastro em documentos fiscais, os quais também foram apresentados pela Impugnante em atendimento à mesma intimação de fls. 35 dos autos e a partir dessa documentação a Fiscalização certificou a autenticidade das devoluções.

Desnecessário a juntada das notas fiscais entregues em atendimento à intimação: a uma, porque se trata de documento do próprio contribuinte; a duas, porque o próprio contribuinte sempre se baseou na mesma base de dados; e a três, porque as notas fiscais são documentos eletrônicos de domínio público, estão disponíveis para consulta no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Ou seja, a presente alegação de nulidade só pode ser entendida como atitude procrastinatória, uma vez que, como demonstrado, sem qualquer fundamento lógico nem legal.

A verdade material, norteadora do processo administrativo fiscal, como de praxe, foi sempre buscada desde os procedimentos que antecederam a lavratura deste Auto de Infração, tanto que a Impugnante não aponta objetivamente qualquer prova, sequer indiciária, da alegada presunção.

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

Do Mérito

A autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST devido a este estado, no período de janeiro de 2010 a novembro de 2014, em razão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS/ST, em operações de devolução de mercadorias, conforme informações constantes das Guias Nacionais de Informação e Apuração do ICMS por Substituição Tributária (GIA/ST).

A Autuada é estabelecida no estado de São Paulo e inscrita no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais como substituta tributária por força de protocolo.

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

O trabalho foi desenvolvido com base na GIA/ST, notas fiscais eletrônicas e informações prestadas pela Contribuinte, identificando-se, dentre os valores lançados no campo “VRDEVOLUÇÃO” da GIA-ST (dedutores do valor do ICMS-ST devido a Minas Gerais), aqueles que se referiam à devolução de clientes e os que decorreram de retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário.

Identificadas as operações de devolução de clientes e não estando as mesmas acobertadas por notas fiscais de ressarcimento emitidas pelos contribuintes substituídos, a Fiscalização procedeu o estorno dos créditos indevidamente aproveitados e exigiu o imposto e multas devidos.

A Impugnante argui a decadência do crédito tributário, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2010, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que teve ciência da lavratura da autuação em 23/12/15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, este E. Conselho tem decidido, reiteradamente, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN que estabelece que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Verifica-se dos autos que os fatos geradores ocorreram no exercício de 2010, sendo que a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/11, findando-se em 31/12/16.

Assim, tendo sido o Auto de Infração lavrado em 16/12/15 e a Impugnante intimada em 23/12/15 (fls. 39), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito da Fazenda promover o lançamento desse período.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo sujeito passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento desse procedimento, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento do ICMS devido. Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e, sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150 do CTN, o Relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, Relator Humberto Martins:

PROCESSO: AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/019110933

RELATOR(A): MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO: 12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR: T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO: DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCÔNFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Portanto, não está decaído o direito da Fazenda Pública constituir o presente crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O lançamento fiscal decorre da constatação de retenção e recolhimento menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2010 a novembro de 2014, em razão da Autuada, substituta tributária por força de protocolo, apropriar-se indevidamente de créditos de ICMS/ST das devoluções de mercadorias, sem a observância dos requisitos legais estabelecidos nos arts. 22, 23, 24 e 27 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 81/93.

Conforme demonstrado no Auto de Infração, a Impugnante, de fato, apropriou créditos de ICMS/ST de devoluções de mercadorias sem as notas fiscais de ressarcimento visadas/autorizadas pela Delegacia Fiscal, abatendo-os do valor do imposto devido a Minas Gerais.

Esse procedimento afronta a legislação tributária deste estado, que assim dispõe:

RICMS/02 - ANEXO XV

DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.

Art. 23. O estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não-incidência;

III - perecimento, furto, roubo ou qualquer outro tipo de perda.

§ 1º O valor a ser restituído corresponderá:

I - ao valor do imposto retido, no caso em que o contribuinte tenha adquirido a mercadoria diretamente daquele que efetuou a retenção;

II - ao valor do imposto recolhido, no caso em que o contribuinte tenha apurado o imposto devido a título de substituição tributária por ocasião da entrada da mercadoria em território mineiro ou no estabelecimento;

III - ao valor corretamente informado na nota fiscal a título de reembolso, no caso em que o contribuinte tenha adquirido a mercadoria de contribuinte substituído ou de contribuinte que tenha apurado o imposto devido a título de substituição tributária por ocasião da entrada da mercadoria em território mineiro ou no estabelecimento.

§ 2º Não sendo possível estabelecer correspondência entre a mercadoria que motivou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

restituição e seu respectivo recebimento, a restituição será efetuada com base no valor do imposto retido, recolhido ou informado, conforme o caso, correspondente às últimas entradas anteriores ao ato ou fato que lhe deu causa.

§ 3º Na hipótese de saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação, o Fisco poderá exigir do remetente a comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário.

(...)

Art. 24. O valor do imposto poderá ser restituído mediante:

I - ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado;

II - abatimento de imposto devido pelo próprio contribuinte a título de substituição tributária;

III - creditamento na escrita fiscal do contribuinte.

(...)

Art. 25. Para os efeitos de restituição, o contribuinte entregará arquivo eletrônico contendo os registros "10", "11", "88STES", "88STITNE" e "90", observado o disposto na Parte 2 do Anexo VII.

(...)

Art. 27. Na hipótese de restituição mediante ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição, o contribuinte emitirá nota fiscal tendo aquele como destinatário e a apresentará à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização de ressarcimento, que será exarada na própria nota fiscal, ou no respectivo DANFE.

§ 1º A nota fiscal de que trata o caput conterà, nos campos próprios, as seguintes indicações, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:

I - nome, endereço e números de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado e no CNPJ do sujeito passivo por substituição;

II - como natureza da operação: "Ressarcimento de ICMS";

III - no campo Informações Complementares da nota fiscal:

a) o valor do imposto objeto de ressarcimento;

b) a expressão: "Ressarcimento de ICMS/ST - art. 27 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º O documento fiscal de que trata este artigo, após a autorização de ressarcimento, será escriturado:

I - pelo emitente, no livro Registro de Saídas, nas colunas Documentos Fiscais e Observações, fazendo constar nesta a seguinte expressão: "Ressarcimento de ICMS/ST";

II - pelo destinatário, no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), em folha destinada à apuração do imposto por substituição tributária devido a este Estado, no quadro Outros Créditos ou Imposto Creditado, lançando no campo Observações a expressão: "Crédito por Ressarcimento de ICMS/ST no valor de R\$ (indicação do valor).

(Grifou-se)

Além disso, a matéria é tratada no Convênio ICMS nº 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, especialmente em sua Cláusula Terceira, a qual prevê o ressarcimento da substituição tributária e a possibilidade de que cada estado possa dispor sobre o modo de ressarcimento dessas operações:

Cláusula terceira - Nas operações interestaduais, entre contribuintes, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado mediante emissão de nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto.

§ 1º O estabelecimento fornecedor de posse da nota fiscal de que trata o caput desta cláusula, visada na forma do § 5º poderá deduzir o valor do imposto retido, do próximo recolhimento à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento.

§ 2º Em substituição a sistemática prevista nesta cláusula, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer forma diversa de ressarcimento.

§ 3º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido, não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição do respectivo produto pelo estabelecimento.

§ 4º Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando da última aquisição do produto pelo estabelecimento proporcional à quantidade saída.

§ 5º A nota fiscal emitida para fim de ressarcimento deverá ser visada pelo órgão fazendário em cuja circunscrição localiza-se o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte, acompanhada de relação discriminando as operações interestaduais.

§ 6º A critério do fisco de cada unidade federada, a relação prevista no parágrafo anterior poderá ser apresentada em meio magnético.

§ 7º As cópias das GNR relativas às operações interestaduais que geraram o direito ao ressarcimento serão apresentadas ao órgão fazendário em cuja circunscrição localiza-se o contribuinte, no prazo máximo de 10 (dez) dias após o pagamento;

§ 8º Na falta de cumprimento do disposto no parágrafo anterior, os órgãos fazendários não deverão visar nenhuma outra nota fiscal de ressarcimento do contribuinte omissa, até que se cumpra o exigido.

(Grifou-se)

Conforme se depreende da legislação retro transcrita, havendo aplicação da substituição tributária sobre a mercadoria, e ocorrendo a sua devolução em operação interestadual, existe a confirmação que o fato gerador presumido não ocorreu, possibilitando ao substituído o direito a se restituir do ICMS/ST recolhido a favor da unidade Federada de destino da mercadoria (*in casu*, Minas Gerais), bem como a se creditar do ICMS relativo a operação própria do remetente (substituto), nos termos do inciso I, art. 23, Parte 1 do Anexo XV e § 10, art. 66, todos do RICMS/02.

O direito à restituição do imposto anteriormente retido por substituição tributária, nessa situação, compete exclusivamente ao contribuinte substituído, uma vez ter sido ele quem suportou o encargo financeiro da respectiva retenção. Assim, somente ele poderá pleiteá-lo junto ao seu estado.

Optando pela restituição mediante ressarcimento junto ao sujeito passivo por substituição, o contribuinte terá que emitir nota fiscal, exclusiva para esse fim, tendo como destinatário o contribuinte substituto tributário, desde que esse esteja inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS e, ainda, que cumpra todas as formalidades estabelecidas na legislação mineira.

A referida nota fiscal será apresentada à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização, que oporá visto autorizativo na própria nota fiscal ou no respectivo DANFE.

O contribuinte substituto eleito pelo substituído, de posse da nota fiscal, visada pela Delegacia Fiscal, poderá creditar-se do ICMS/ST das operações de devoluções, abatendo do próximo recolhimento do imposto devido a Minas Gerais.

Ressalta-se que o contribuinte substituto somente poderia abater o valor do imposto por substituição devido a Minas Gerais, se tivesse de posse da nota fiscal de ressarcimento do substituído mineiro, o que, no entanto, não ocorreu.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se que essa matéria já teve entendimento firmado pela Superintendência de Tributação da SEF/MG (SUTRI), na resposta à Consulta de Contribuinte nº 66/12, a seguir transcrita, em parte:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 066/12

(...)

1 e 2 - Nas operações envolvendo devolução de mercadoria adquirida em operação interestadual, cujo imposto tenha sido retido, mediante substituição tributária, pelo remetente, em decorrência de convênio ou protocolo firmado por este estado, a consulente terá direito a se restituir do icms/st recolhido a favor de minas gerais, bem como a se creditar do icms relativo à operação própria do remetente, nos termos do inciso I do Art. 23 da Parte 1 do Anexo XV e § 10 do art. 66, todos do RICMS/02, haja vista a inoccorrência do fato gerador presumido.

Optando por se ressarcir junto ao fornecedor, a Consulente deverá observar os procedimentos previstos no art. 27 da Parte 1 do Anexo referido, onde se encontra prevista a emissão de nota fiscal na qual tal fornecedor deve figurar com destinatário, documento fiscal este que deverá ser apresentado à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrita a Consulente, para fins de autorização do ressarcimento, a ser exarada na própria nota fiscal, ou no respectivo DANFE.

(...)

A Impugnante afirma que não houve circulação jurídica das mercadorias e que não houve fato gerador presumido, procurando dar o entendimento de que as devoluções referem-se a retorno integral de mercadorias não entregues, cujo tratamento fiscal aplicável é bem diverso.

Contudo, diferentemente das operações de “bate e volta” (mercadoria não entregue), no caso das operações objeto do lançamento, as mercadorias saíram do estabelecimento da Impugnante e deram entrada no estabelecimento do destinatário mineiro, e posteriormente foram devolvidas ao remetente, com a emissão de outra nota fiscal de devolução, ficando evidente a circulação das mercadorias, as quais, juridicamente, deram entrada no estabelecimento destinatário, com a ocorrência do fato gerador do imposto.

Assim, diferentemente do que pretende a Impugnante, os motivos pelos quais as mercadorias foram devolvidas são totalmente irrelevantes para o tratamento tributário dado as essas operações.

Quanto às multas aplicadas, ressalte-se que elas se encontram perfeitamente adequadas, subsumidas às hipóteses legais prescritas na legislação, e não resta dúvida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de que, o legislador, ao regulamentá-las, no exercício da competência tributária do estado objetivou evitar prejuízos significativos ao Erário.

Ao contrário do que alega a Autuada, o tributo e as penalidades não são utilizados com efeito de confisco, mas visam desestimular a infração das normas tributárias.

A aplicação de sanções aos contribuintes é inerente à competência tributária do estado de Minas Gerais, que lhe faculta legislar, fiscalizar e aplicar eventuais penalidades pelo descumprimento das obrigações tributárias.

Nesse sentido, eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.

No tocante à aplicação conjunta das penalidades, multa de revalidação e multa isolada, previstas na Lei nº 6.763/75, há que se ressaltar que são baseadas em fatos jurídicos distintos. As hipóteses de infração legais que ensejam a sua aplicação são diferentes e foram transgredidas concomitantemente pela Autuada, o que justifica a aplicação de ambas as penalidades.

A aplicação cumulativa das multas obteve autorização do Poder Judiciário do estado de Minas Gerais, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO – LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO – REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA

A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S):FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

No tocante à alegação de juros sobre multas e correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 prevê tal imposição, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de Recurso Especial Repetitivo (REsp nº 879.844), nos termos do que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Portanto, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56 c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora) e Alan Carlo Lopes Valentim Silva.

Sala das Sessões, 03 de junho de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

D