

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.278/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001010845-67
Impugnação: 40.010140118-24
Impugnante: Soltek Distribuidora Ltda
CNPJ: 16.797223/0001-61
Origem: DF/Passos

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST, em virtude de devolução da mercadoria com fulcro no art. 165 do Código Tributário Nacional. Tendo restado comprovada nos autos o recolhimento do imposto por substituição tributária pela Requerente e que a mercadoria foi devolvida pela destinatária, legítimo o direito à restituição do valor pleiteado.

Impugnação procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documentos de fls.02/04, a restituição dos valores pagos relativos ao imposto por substituição tributária (ICMS/ST), destacado na NF-e/DANFE n.º 6660, de 06/11/2015, emitida para Djalves Art Music Ltda – ME, IE.: 001 892077 0085, localizada em Piumhi/MG, ao argumento de que houve o recolhimento antecipado do tributo, mas que a mercadoria fora devolvida integralmente pelo destinatário.

A Repartição Fazendária, em despacho de fls.22, indeferiu o pedido, sob o argumento de que ocorreu a circulação da mercadoria e que o pleito da Requerente só poderia ser atendido se a mercadoria não tivesse sido entregue ao destinatário e fosse observado o disposto no art. 78 do RICMS/02, ou na hipótese do disposto no inciso I do art. 23 da Parte 1 do Anexo XV, também do RICMS/02, que entende ser aplicado ao caso em análise.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente, e por seu representante legal, impugnação às fls. 27, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 35/37.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 50, o qual é cumprido pela Impugnante, conforme fls. 56/60.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 64.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores relativos ao imposto por substituição tributária (ICMS/ST), destacado na NF-e/DANFE n.º 6660, de 06/11/15,

emitida para Djalves Art Music Ltda – ME, IE.: 001 892077 0085, localizada em Piumhi/MG, ao argumento de que houve o recolhimento antecipado do tributo, mas que a mercadoria fora devolvida integralmente pelo destinatário.

Entretanto, a Fiscalização, mediante parecer de fls. 18/21, propõe o indeferimento do pedido de restituição, ao argumento de que o pleito só poderia ser atendido se a mercadoria não tivesse sido entregue ao destinatário e fosse observado o disposto no art. 78 do RICMS/02, ou na hipótese do disposto no inciso I do art. 23 da Parte 1 do Anexo XV, também do RICMS/02, que entende ser aplicado ao caso em análise.

A Impugnante insurgiu-se contra o despacho de indeferimento da restituição do indébito sustentando que o fato da mercadoria ter retornado ao Remetente caracterizou o cancelamento da operação de venda e, não tendo sido o ônus do imposto repassado ao destinatário, faz *jus* à restituição ora requerida.

Apesar das argumentações da Impugnante, a Fiscalização manteve, em sua manifestação fiscal de fls. 35/37 o entendimento manifestado anteriormente, acrescentando, ainda, que, segundo o art. 166 do CTN, uma vez que o valor do ICMS/ST fora agregado ao valor da mercadoria, a empresa destinatária mineira é que teria legitimidade para solicitar a restituição do tributo.

O Código Tributário Nacional – CTN prevê em seu art. 165, inciso I, o direito de o contribuinte requerer a restituição dos tributos recolhidos de forma indevida:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

Como bem definida pela legislação do imposto, ocorre a substituição tributária nas hipóteses de atribuição ao contribuinte substituto da responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido em operações ou prestações realizadas por outros contribuintes, vinculadas à operação ou prestação praticada pelo substituto, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes.

Logo, para efeito de incidência do imposto, pressupõe-se a ocorrência de outra operação ou prestação, no caso, operação subsequente praticada pelo destinatário da mercadoria. Não ocorrendo esta, como alegado pela Impugnante, não há que se falar em imposto devido por substituição tributária, pelo simples fato de a operação presumida que deveria ser realizada pelo contribuinte substituído não se realizar.

Nesse sentido, a 3ª Câmara de Julgamento houve por bem exarar o despacho interlocutório, fls. 50, para que a Impugnante trouxesse aos autos elementos comprobatórios da efetiva devolução das mercadorias como, por exemplo, CTCR, 22.278/16/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTR-e ou nota fiscal de devolução devidamente carimbada pelos Postos de Fiscalização.

Em cumprimento ao referido despacho, a Requerente apresentou, fls. 60, o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE nº 1361804, de 27/11/2015, emitido por Rodonaves Transp. Encomendas Ltda, para acobertamento da prestação de serviço de transporte vinculada à emissão da NFe nº 000 008, de devolução, emitida por Djalves Art Music Ltda – ME, destinatária da mercadoria objeto do pedido de restituição.

A Fiscalização, fls. 64, não se pronunciou sobre a documentação apresentada, mas manteve o entendimento em relação ao indeferimento do pedido de restituição.

Pelo exposto, ficou comprovado que a operação presumida de circulação de mercadoria, ensejadora do recolhimento do ICMS/ST, de forma antecipada pela Impugnante, conforme Guia nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE de fls. 09/10, restou prejudicada em sua consumação em razão da devolução efetuada pela destinatária, o que implica, também, que não houve o repasse do encargo financeiro a validar o disposto no art. 166 do CTN.

De todo o colacionado, assevera-se legítimo o direito ao pleito por parte da Impugnante, uma vez suportado o pagamento de tributo para este estado sem que o fato motivador tenha se concretizado, e nem tampouco, o ônus tenha sido transferido a terceiros.

Nesse sentido, a restituição postulada encontra respaldo na legislação mineira, bem como amparo no art. 165, inciso I do CTN, retrotranscrito.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente a impugnação. Vencido o Conselheiro Eduardo de Souza Assis, que a julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 23 de novembro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.278/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001010845-67
Impugnação: 40.010140118-24
Impugnante: Soltek Distribuidora Ltda
CNPJ: 16.797223/0001-61
Origem: DF/Passos

Voto proferido pelo Conselheiro Eduardo de Souza Assis, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Inicialmente cumpre destacar, que a lide se refere ao indeferimento de pedido de restituição de valor retido e recolhido por substituição tributária (ICMS/ST), destacado em nota fiscal destinada a contribuinte desse estado, ao argumento de que a mercadoria fora devolvida integralmente pelo adquirente.

Segundo se extrai dos fundamentos da decisão, o despacho de indeferimento do pedido de restituição foi erigido: *...sob o argumento de que ocorreu a circulação da mercadoria e que o pleito da Requerente só poderia ser atendido se a mercadoria não tivesse sido entregue ao destinatário e fosse observado o disposto no art. 78 do RICMS/02, ou na hipótese do disposto no inciso I do art. 23 da Parte 1 do Anexo XV, também do RICMS/02, que entende ser aplicado ao caso em análise.*

Contra o indeferimento do pleito, sustenta a Impugnante que a mercadoria foi devolvida mediante documento fiscal do destinatário mineiro, devido ao cancelamento da venda, e que nesse caso, o recolhimento do tributo pela operação subsequente (ICMS/ST) estaria indevido, uma vez impossibilitada a ocorrência do fato gerador presumido.

Assim, decidiu a 3ª Câmara de Julgamento: *... por maioria de votos, em julgar procedente a impugnação.*

De conformidade com os fundamentos dos votos vencedores, proferidos com amparo no disposto no inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional (CTN): “assevera-se legítimo o direito ao pleito por parte da Impugnante, uma vez suportado o pagamento de tributo para este estado sem que o fato motivador tenha se concretizado, e nem tampouco, o ônus tenha sido transferido a terceiros”.

E não há reparos nessa fundamentação. Observa-se das manifestações de todos os Envolvidos no processo, inclusive é fundamento do voto sobrepujado desse Conselheiro, a consonância no que se refere ao direito à restituição.

Encontra-se devidamente comprovada a impossibilidade de concretude do fato gerador presumido, uma vez desfeito o negócio jurídico que lhe ensejava. A

realidade fática impõe a inaplicabilidade da norma tributária instauradora da substituição tributária e a absorção do direito ao tratamento dispensado à restituição do indébito.

Entretanto, em que pese esse direito e os fundamentos consonantes, com as devidas escusas aos entendimentos em contrário, os procedimentos para a devida devolução do indébito tributário que se apresenta, não devem ser determinados pelas decisões administrativas nos julgados das Câmaras.

Há de ser observado o regramento específico previsto na Subseção IV da Seção II do Capítulo III do Título I da Parte I do Anexo XV do RICMS/02 – “Da Restituição do ICMS Retido ou Recolhido por Substituição Tributária”, que assim dispõe:

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 outra unidade da Federação;

(...)

§ 1º O valor a ser restituído corresponderá:

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

(...)

§ 3º Na hipótese de saída da mercadoria submetida ao regime de substituição tributária para outra unidade da Federação, o Fisco poderá exigir do remetente a comprovação da efetiva entrega da mercadoria ao 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. (grifou-se)

Imperioso ressaltar que a descrita regulamentação é contemporânea aos fatos narrados nesses autos e deveriam ter servido de norte para o posicionamento da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante com a devida participação da Destinatária, como se denota das orientações procedimentais nela insculpidas.

Por oportuno, vale trazer à baila recorte de posicionamento consonante da SUTRI/SEF em resposta à consulta de contribuintes relacionada com a matéria, a saber:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 197/2016

(...)

ESCLAREÇA-SE, AINDA, QUE, POR SE TRATAR DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL, OCORRENDO RETORNO DAS MERCADORIAS AO ESTABELECIMENTO DE ORIGEM, OU SEJA, NO CASO DE O FATO GERADOR PRESUMIDO NÃO SE REALIZAR, CABERÁ A RESTITUIÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO PAGO A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA MINAS GERAIS, DESDE QUE ATENDIDAS AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, EM ESPECIAL NOS ARTS. 22 A 31 DA PARTE 1 DO ANEXO XV EM REFERÊNCIA, BEM COMO DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA DO REMETENTE, NOS TERMOS § 10 DO ART. 66, TODOS DO RICMS/2002.

NESSE CASO, A CONSULENTE PODERÁ OPTAR POR SE RESSARCIR JUNTO AO SEU FORNECEDOR (DEPOSITANTE), EMITINDO NOTA FISCAL, CONFORME ART. 27 DA PARTE 1 DO REFERIDO ANEXO XV, QUE DEVERÁ SER APRESENTADA À DELEGACIA FISCAL, PARA FINS DE AUTORIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO.

(...)

É incontroverso a ocorrência de duas operações distintas, a primeira na remessa das mercadorias para consecução da venda, ensejando o recolhimento do imposto por substituição tributária por um fato gerador presumido. A segunda, a devolução, desfigurando a hipótese de incidência daquela, no que se refere ao evento futuro não realizado. Porém, não foram respeitadas as regras vigentes para a restituição pleiteada.

Do exposto, verifica-se que assiste razão à Fiscalização na manutenção do indeferimento proferido que embasou o despacho denegatório do pleito, motivo pelo qual julgo improcedente a impugnação.

Sala das Sessões, 23 de novembro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Conselheiro