

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.810/17/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001205734-71
Impugnação: 40.010144397-86
Impugnante: Estrela - Distribuidora de Brinquedos, Comercial, Importador
CNPJ: 61.780375/0003-78
Proc. S. Passivo: Luigi Mingrone/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT- SP

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST, de fato gerador presumido que não se realizou em virtude de devoluções efetuadas pelos destinatários e retornos de mercadorias não entregues. Pedido fundamentado no art. 23, inciso I do Anexo XV do RICMS/02. Entretanto, em relação às notas fiscais objeto de devolução com alegação de recusa por não entrega da mercadoria, não atendem ao disposto no art. 78 do RICMS/02 c/c art. 10, Parte 1, Anexo IX do citado regulamento e, em relação às notas fiscais ditas canceladas elas permanecem com *status* de autorizadas no portal da nota fiscal eletrônica (NF-e) da Secretaria de Estado de Fazenda presumindo-se, portanto, a ocorrência do fato gerador. Quanto à devolução de mercadorias após a data de entrega trata-se de hipótese de ressarcimento de valor recolhido a título de ICMS/ST, e não de restituição. Por conseguinte foge à competência do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CC/MG ao teor do art. 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Administrativos – RPTA. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 02/03, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/ST, referente ao exercício de 2013, ao argumento de fato gerador presumido que não se realizou em virtude de devoluções efetuadas pelos destinatários e retornos de mercadorias não entregues.

O pedido de restituição tem lastro em diversas notas fiscais de remessa de mercadorias a destinatários mineiros cujo ICMS/ST a Requerente pretende ver restituído.

Mediante Termo de Notificação nº 048/2017 o Núcleo de Contribuintes Externos 2 – São Paulo – NCONEXT/SP intima a Requerente a apresentar documentos e planilhas para subsidiar a análise do pedido (fls. 605/606).

Aberta vista a Requerente manifesta-se às fls. 609/610.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que a Requerente fundamentou seu pedido de restituição em 3 (três) situações, e relacionou em planilhas (Anexos I, II e III) as respectivas notas fiscais, examine-se:

- Anexo I (fls. 611 e 619), alegação de recusa – não entrega da mercadoria. Notas Fiscais relacionadas às fls. 620/675.

- Anexo II (fls. 612 e 676), alegação de nota fiscal cancelada. Notas Fiscais relacionadas às fls. 677/698.

- Anexo III (fls. 613/614 e 699/700), alegação de que as mercadorias foram devolvidas posteriormente à data da entrega. Notas Fiscais relacionadas às fls. 701/983.

O NCONEXT/SP, em parecer colacionado às fls. 984/1.007, propõe o indeferimento do pedido sob os fundamentos infra elencados:

a) deve ser indeferido o pedido de restituição acerca das operações relacionadas no Anexo I de fls. 619 uma vez que, apesar de a Requerente alegar que ocorreu a devolução das mercadorias no ato da entrega, os documentos fiscais não atendem à legislação tributária, mormente ao art. 78 do RICMS/02 c/c art. 10 da Parte 1 do Anexo IX do citado regulamento;

b) não pode ser deferido o pedido de restituição acerca das operações relacionadas no Anexo II de fls. 676 porque, não obstante a Requerente alegar que as operações foram canceladas, a Fiscalização verificou que as notas fiscais respectivas estão com situação atual autorizada no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

A Diretoria Geral de Projetos (DGP) da Superintendência de Fiscalização (SUFIS), indeferiu o pedido, conforme despacho acostado às fls. 1.026/1.027.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.029/1.034, acompanhada dos documentos de fls. 1.035/1.046, e argumenta que não existe razão para subsistência do indeferimento do ressarcimento, em virtude de afronta à Constituição da República de 1988 (CR/88).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.048/1.057, pugna pela manutenção do indeferimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/ST, referente ao exercício de 2013, ao argumento de fato gerador presumido que não se realizou em virtude de devoluções efetuadas pelos destinatários e retornos de mercadorias não entregues.

Conforme se depreende da fundamentação da própria Requerente, são três situações objeto do requerimento em exame.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo I (fls. 611 e 619.): alegação de recusa – não entrega da mercadoria;
- Anexo II (fls. 612 e 676): alegação de nota fiscal cancelada;
- Anexo III (fls. 613/614 e 699/700): alegação de que as mercadorias foram devolvidas posteriormente à data da entrega.

Da mesma forma procedida pela Requerente, impõe-se a análise das questões em três grupos distintos.

Anexo I (fls. 619) - notas fiscais com alegação de recusa – não entrega da mercadoria

Mediante planilha colacionada às fls. 611 e 619, denominada Anexo I, a Requerente relaciona as notas fiscais em relação às quais declara que o fato gerador presumido do ICMS/ST não se realizou porque as mesmas foram retornadas no ato de entrega das mercadorias que saíram de seu estabelecimento, as quais chegaram no destinatário e foram retornadas de imediato no ato da entrega.

Todavia, não foram observados os requisitos previstos na legislação tributária, mormente no art. 78 do RICMS/02 c/c art. 10, Parte 1, Anexo IX do citado regulamento.

Não consta em qualquer dos itens 7/33, apresentados pela Requerente em atendimento à Notificação do NCONEXT/SP (fls. 605/606) e documentos fiscais acostados às fls. 620/675, a declaração do transportador na cópia autenticada frente e verso do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC respectivo e tampouco nos Documentos Auxiliares Notas Fiscais Eletrônicas- (DANFES) de remessa; ademais não consta qualquer declaração referente à recusa em receber a entrega, ainda que fosse do destinatário das mercadorias.

Nesse norte, o art. 78 do RICMS/02 c/c art. 10, Parte 1, Anexo IX do citado regulamento, disciplina a matéria em questão sendo que a legislação é clara no que tange à essa exigência, examine-se:

RICMS/02

Art. 78. O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, dentro do prazo de validade da nota fiscal referenciada;

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto".

Parágrafo único. Na hipótese do *caput*:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTCRC que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no art. 10 da Parte 1 do Anexo IX deste Regulamento; (grifou-se).

III - a mercadoria deverá retornar ao estabelecimento dentro do prazo de validade da nota fiscal de que trata o inciso I deste parágrafo.

ANEXO IX -RICMS/02

Art. 10. No retorno, ao estabelecimento remetente, de mercadoria ou bem não entregues, caso o transportador não possua, no local, bloco de conhecimentos de transporte, o conhecimento original servirá para acobertar a prestação relativa ao retorno, desde que o motivo seja declarado no verso do documento e a declaração seja datada e assinada pelo transportador e, se possível, também, pelo destinatário. (Grifou-se).

Parágrafo único. Quando da entrada do veículo no estabelecimento transportador, este emitirá o conhecimento correspondente à prestação do serviço de transporte referente ao retorno da mercadoria ou do bem.

Os documentos fiscais relacionados são insuficientes para autorizar o deferimento da restituição do ICMS/ST referente às notas fiscais respectivas na medida em que não apresentam os requisitos exigidos pelos dispositivos legais supra transcritos.

Portanto, deve ser indeferido o pedido de restituição em relação ao valor de R\$ 44.967,29 (quarenta e quatro mil, novecentos e sessenta e sete reais e vinte e nove centavos) referente às alegadas remessas de mercadorias que teriam sido recusadas pelos destinatários e relacionadas no Anexo I às fls. 619, por não atender à legislação pertinente.

Cumprе registrar, que apesar de ter sido intimada conforme Termo de Notificação NCONEXT/SP nº 048/17 (fls. 605) a apresentar cópias autenticadas, frente e verso, dos DANFES e dos CTCRCs, essa solicitação foi atendida apenas em relação ao CTCRC nº 311.270 de fls. 673 sendo que os demais documentos foram apresentados apenas em cópia simples.

Destaca-se, ainda, que não foi atendida a solicitação de apresentação de cópia autenticada frente e verso do CTCRC referente ao serviço de transporte do retorno ao estabelecimento da Requerente, da mercadoria remetida para a qual esta alega ter havido a devolução no ato da entrega, sem recebimento do destinatário.

Anexo II (fls. 612 e 676) - notas fiscais com alegação de cancelamento.

Em que pese a Requerente alegar que as notas fiscais relacionadas no Anexo II foram canceladas, a Fiscalização constatou que referidas notas fiscais permanecem autorizadas, conforme consultas realizadas ao *site*: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal>, acostadas às fls. 1.008/1.024 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O prazo de cancelamento das notas fiscais eletrônicas (NF-e) não se restringe ao prazo suscitado pela Requerente conforme o Ato COTEPE, infra transcrito:

ATO COTEPE ICMS 13, DE 17 DE JUNHO 2010
Publicado no DOU de 22.06.10. Alterado pelo Ato COTEPE 35/10.

Altera o Ato COTEPE/ICMS 33/08 que dispõe sobre os prazos de cancelamento de NF-e e de transmissão de NF-e emitida em contingência, conforme disposto no Ajuste SINIEF 07/05.

O Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 12, XIII, do Regimento da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS, de 12 de dezembro de 1997, por este ato, torna público que a Comissão, na sua 141ª reunião ordinária da COTEPE/ICMS, realizada nos dias 16 a 18 de junho de 2010, em Brasília, DF, decidiu:

Art. 1º Poderá o emitente solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às demais normas constantes do Ajuste SINIEF 07/05, de 5 de outubro de 2005.”.

Art. 2º Este ato entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012.

No caso de devolução das mercadorias, existe uma legislação específica que normatiza os procedimentos a serem adotados pelos contribuintes.

Nesse aspecto, deve-se observar para o cancelamento de NF-e, nos casos em que as mercadorias não tenham circulado, a legislação a seguir transcrita:

AJUSTE SINIEF nº 07/05 Institui a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.

(...)

Cláusula décima segunda. Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

Parágrafo único. A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.

A alegação de ter sido emitida nota fiscal de retorno em razão do decurso do prazo de 24 (vinte e quatro) horas não tem o condão de autorizar a restituição em exame, tendo em vista que a legislação supra citada informa que cada unidade da federação (UF) poderá recepcionar o extemporâneo pedido de cancelamento.

Em consulta ao sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, verifica-se o procedimento regulado para o pedido de cancelamento extemporâneo da NF-e: (https://www.fazenda.sp.gov.br/nfe/perguntas_frequentes/respostas_V.asp), confira-se:

(...)

12. Quais são as condições e prazos para o cancelamento de uma NF-e?

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo “Autorização de Uso”) e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, em regra, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento. O prazo máximo para cancelamento de uma NF-e no Estado de São Paulo é de 24 horas a partir da autorização de uso. Para proceder ao cancelamento, o emitente deverá fazer um pedido específico gerando um arquivo XML para isso. Da mesma forma que a emissão de uma NFe de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela SEFAZ. O Layout do arquivo de solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte, disponível na seção Downloads. Após o prazo regulamentar de 24 horas da autorização de uso da NF-e, os Pedidos de Cancelamento de NF-e transmitidos à Secretaria da Fazenda serão recebidos via sistema até 480 horas da Autorização de Uso da NF-e, porém neste segundo caso o emitente fica sujeito à penalidade prevista no item z1 do Inciso IV do artigo 527 do Regulamento do ICMS. Após este prazo de 480 horas da autorização de uso da NF-e, a NF-e pode ser cancelada somente com a aprovação do Posto Fiscal de vinculação. O pedido deve ser acompanhado da:

(...)

3. comprovação de que a operação não ocorreu: - declaração firmada pelo representante legal do destinatário/remetente paulista da NF-e de que faz uso da Escrituração Fiscal Digital ou, não sendo este o caso, declaração firmada pelo representante legal do destinatário/remetente paulista da NF-e que não ocorreu a operação e de que não utilizou como crédito o valor do imposto registrado no documento fiscal ou; - tratando-se de pedido que envolva estabelecimento

situado em outra unidade da Federação, cópia de correspondência entregue pelo destinatário à repartição fiscal do seu domicílio, em que declare que não utilizou como crédito, ou que estornou, a quantia restituenda ou compensada.

(...)

O status de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultada no site da Secretaria da Fazenda do Estado da empresa emitente ou no site nacional da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br).

(...)

Portanto, a Fiscalização do estado de São Paulo admite o cancelamento de uma NF-e sendo que, até 24 (vinte e quatro) horas da autorização de uso o cancelamento é mais simples.

Contudo, admite ainda seu cancelamento em período superior, porém, após 24 (vinte e quatro) horas e até 480 (quatrocentos e oitenta) horas da autorização de uso da NF-e, há incidência de penalidade e após esse prazo há outras formalidades.

Tendo em vista a declaração de fls. 676 de que as mercadorias, objeto das notas fiscais relacionadas no Anexo II, não saíram do estabelecimento do remetente, eventual nota fiscal de entrada emitida pela Requerente não é a conduta correta, pois esse procedimento somente é possível quando a mercadoria sai do estabelecimento emissor e retorna a esse devido a não entrega da mercadoria ao destinatário, conforme disposto na legislação a seguir, *in verbis*:

CONVÊNIO S/Nº, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1970. Modificado pelo Ajuste SINIEF 07/05, que institui a NF-e e DANFE.

(...)

Seção IV Da Emissão de Nota Fiscal na Entrada de Mercadorias Art. 54. O contribuinte, excetuado o produtor agropecuário, emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente:

(...)

§ 3º A nota fiscal será também emitida pelos contribuintes nos casos de retorno de mercadorias não entregues ao destinatário, hipótese em que conterà as indicações do número, da série, da data da emissão e do valor da operação do documento original.

(...)

Considerando que as notas fiscais relacionadas no Anexo II (fls. 679) para as quais a Requerente quer pedir restituição estão com situação atual “autorizada”, no portal da nota fiscal eletrônica, pressupõe-se que ocorreu o fato gerador do ICMS/ST.

Lado outro, os elementos trazidos pela Requerente não permitem comprovar de forma inequívoca que não houve a circulação das mercadorias em questão, impossibilitando o atendimento de seu pleito no que diz respeito a este tema.

Os DANFEs relacionados nos itens 35/51, apresentados pela Requerente em atendimento à Notificação do NCONEXT/SP de fls. 605/606 e no Anexo II de fls. 676 permanecem com situação atual autorizada, o que afasta a alegação de cancelamento e impede o deferimento do tributo recolhido relativo aos documentos dos itens mencionados.

Assim, não pode ser deferido o presente pedido de restituição em relação ao valor de R\$ 24.346,86 (vinte e quatro mil, trezentos e quarenta e seis reais e oitenta e seis centavos) referente às alegadas remessas de mercadorias que não teriam saído do estabelecimento do remetente e relacionadas no Anexo II às fls. 676 na medida em que estão com situação atual autorizada o que pressupõe a circulação da mercadoria.

Anexo III (fls. 613/614 e 699/700) - notas fiscais com alegação de que as mercadorias foram devolvidas posteriormente à data de entrega.

O Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG) não possui competência para analisar essa questão.

Conforme preconiza o art. 23, inciso I do Anexo XV do RICMS/02, trata-se de situação na qual deve ser pleiteado ressarcimento, mediante procedimento administrativo específico, confira-se:

Anexo XV - RICMS/02

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;

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 submetida ao regime de substituição tributária 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 submetida ao regime de substituição tributária 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se trata portanto de pedido de restituição de indébito conforme preconizado pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, mas de requerimento de ressarcimento do valor do imposto recolhido na forma supra descrita.

Portanto não se trata da situação prevista pelo art. 36 do RPTA:

RPTA

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 30 de novembro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

CS/D