

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.347/17/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000462644-59  
Impugnação: 40.010140909-45  
Impugnante: Novartis Biociências S/A  
IE: 048997691.03-90  
Proc. S. Passivo: Maria Eugênia Doin Vieira/Outro(s)  
Origem: DF/Juiz de Fora

**EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR. Constatação fiscal de retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária em razão da utilização, em forma de créditos, de valores indevidos e irregularmente lançados nas GIA/ST, mais especificamente nos campos 14 (ICMS devolução de mercadorias) e 15 (ICMS ressarcimento). Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6763/75.**

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a retenção e respectivo recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de abril de 2014 a fevereiro de 2016, devido pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, ao estado de Minas Gerais, na condição de substituta tributária por força de protocolo, nas remessas interestaduais de medicamentos para contribuinte mineiro, em virtude do aproveitamento indevido de créditos de ICMS/ST das devoluções de mercadorias sem observância dos requisitos legais.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/75, juntando documentos às fls. 76/338.

A Impugnante assevera que o relatório fiscal faz menção a legislação mineira, especialmente os arts. de 22 a 27, Anexo XV do RICMS/02 que trata dos procedimentos pertinentes ao ressarcimento.

Afirma que todo o capítulo está fundamentado na inoccorrência do fato gerador presumido, mas que a sua operação não trata de fato gerador presumido e não realizado.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que o que ocorreu foi o claro desfazimento do negócio jurídico, situação completamente distinta daquela retratada no Auto de Infração.

Assegura que, somente são consideradas operações presumidas e não realizadas as saídas para outra unidade da federação; saídas amparadas por isenção ou não incidência e; e o perecimento, furto, roubo ou qualquer outro tipo de perda.

Declara que não foi isso que ocorreu com suas operações, mas sim desfazimento do negócio jurídico, com anulação dos seus efeitos, sendo que nenhum ônus foi repassado ao contribuinte substituído.

Destaca que este entendimento também é do Conselho de Contribuintes, citando a decisão unânime do Acórdão 21.621/15/3<sup>a</sup>, afirmando que a autuação trata de caso idêntico.

Observa que a Impugnante tem legitimidade para realizar a apropriação do crédito de ICMS-ST citando os arts. 119 e 121 do Código Tributário Nacional (CTN).

Entende que neste caso nasce a regra obrigacional de o Estado devolver a quantia indevidamente recolhida na operação, sob pena de enriquecimento sem causa.

Afirma que esta regra é estipulada no art.165 do CTN, a qual é expressa em reconhecer o direito do sujeito passivo (substituto tributário) de ser restituído das quantias pagas indevidamente ao estado.

Destaca que neste caso, o sujeito passivo recolhe o tributo, mas repassa o respectivo encargo financeiro ao consumidor/adquirente, em um mecanismo no qual o valor do tributo é embutido no preço de bens ou serviços vendidos.

Transcreve o art.166 do CTN e ressalta que este dispositivo estabelece regra onde a restituição é devida àquele que provar ter assumido o ônus do encargo, ou tendo transferido a terceiro, esteja por este expressamente autorizado a recebê-la. Interpreta o mesmo afirmando que fica claro que apenas o sujeito passivo que comprovar ter assumido o ônus do tributo ou caso tenha repassado, estar expressamente autorizado pelo contribuinte de fato a solicitar ressarcimento, poderão pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

Entende a Impugnante que esta interpretação seria a mais correta tendo em vista que o terceiro que suporta o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária.

Afirma que é nítido o caráter confiscatório da multa aplicada que somam 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto.

Acrescenta que seria ilegítima a exigência de juros de mora também sobre a multa, como pretende a Lei nº 6.763/75 (art. 226) e a Resolução nº 2.880/97.

Defende, também, a impossibilidade de aplicação de multa isolada e multa de revalidação sobre o mesmo fato, defende que é ilegítima tal cumulação.

Pleiteia que, caso não seja aceito o entendimento quanto à aplicação de duas multas sobre o mesmo fato gerador, que o Conselho de Contribuintes aplique o art. 211 do RICMS/02, considerando apenas a penalidade mais grave que é a prevista no art. 56,

§ 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75, e cancelada as demais multas, especialmente as previstas nos arts. 55, XXVI e 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Por fim, requer o cancelamento do Auto de Infração ou, caso assim não se entenda a exclusão da multa em virtude de cumulatividade entre multa de revalidação e multa isolada; e no caso de nenhuma hipótese ser aceita pede o cancelamento das multas, especialmente as previstas nos arts. 54, inciso VI e 55, XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75, em razão do disposto no art. 211 do RICMS/02.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 342/372, refuta as alegações da Defesa.

Em sessão realizada em 14/02/17, nos termos da Deliberação nº 03/2016 do Conselho Pleno do CC/MG e conforme decisão proferida na sessão do dia 09/02/17, o processo foi retirado de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 09/03/17.

## **DECISÃO**

### **Da Preliminar**

#### **Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração**

Inicialmente, a Impugnante alega nulidade do Auto de Infração, pois teria a Fiscalização incorrido em: 1) falta de descrição clara dos fatos e irregularidades, 2) falta de motivação do ato administrativo de lançamento, 3) confusão no levantamento em relação ao desfazimento de negócio e fato gerador presumido não ocorrido e 4) grande volume de dados e prazos exíguos, limitando a defesa no prazo previsto.

Entende que haveria vício na apuração dos fatos, pois tratou desfazimento do negócio jurídico como se fosse fato gerador presumido e não realizado.

Afirma que para um débito ser exigido deve haver clara e inequívoca descrição, motivação e comprovação dos fatos no corpo do Auto de Infração, de maneira que se possa concluir pela existência de infração tributária e permitir que o contribuinte exerça seu direito de defesa.

Informa que o lançamento fiscal trabalhou exclusivamente com os dados extraídos dos arquivos eletrônicos enviados por meio do SPED, o que não espelha a verificação do fato gerador imposta pelo art.142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Defende que não houve fato gerador presumido e não realizado, mas sim, desfazimento do negócio, de forma que o crédito tributário não guardaria a liquidez e certeza exigida pelo ordenamento jurídico.

Aduz que estaria comprovada a ausência de motivação que ensejou o lançamento e que todo o trabalho padeceria de vício de nulidade.

Argumenta que o cerceamento do direito de defesa não decorre apenas da existência de erros, falhas e vícios constantes do Auto de Infração, notoriamente quanto à confusão entre desfazimento de negócio e fato gerador presumido e não realizado, mas também da quantidade de fatos geradores objeto de análise do Auto de Infração, que englobou operações realizadas ao longo dos anos de 2014,2015 e 2016.

Realça que o trabalho engloba período de fiscalização tão extenso que limita a capacidade de defesa, especialmente quando se está diante de matéria que exige a rastreabilidade das operações.

Entretanto, razão não lhe assiste.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações, tudo descrito em minúcias, de forma clara e objetiva, no Auto de Infração (fls. 05/08), Relatório Fiscal Contábil (fls. 09/12) e anexos (Anexo I – operações de devolução, Anexo II – GIA/ST, Anexo III – planilha com dados das notas fiscais de devolução, Anexo IV – planilha com apuração do ICMS/ST recolhido a menor e Anexo V – demonstrativo do crédito tributário) de fls. 13/26.

As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas.

Todos os requisitos 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.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Quanto às demais alegações preliminares, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Rejeita-se, pois, as prefaciais arguidas, em especial a arguição de nulidade do lançamento.

### **Do Mérito**

Conforme relatado, a autuação versa sobre a retenção e respectivo recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de abril de 2014 a fevereiro de 2016, devido pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, ao estado de Minas Gerais, na condição de substituta tributária por força de protocolo, nas remessas interestaduais de medicamentos para contribuinte mineiro, em virtude do aproveitamento indevido de créditos de ICMS/ST das devoluções de mercadorias sem observância dos requisitos legais.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mesma lei.

Todos os cálculos e apuração encontram-se demonstrados em planilhas anexas ao Relatório Fiscal, organizadas da seguinte forma:

ANEXO I – Arquivos originais entregues pelo contribuinte em atendimento à intimação, identificando, separadamente, as operações relativas a devolução de cliente e as de retorno integral de mercadoria dentre os valores lançados no campo “VRDEVOLUÇÃO” da GIA-ST.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ANEXO II – Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS – GIA/ST original transmitida pelo contribuinte e extraída do Auditor Eletrônico SEF/MG.

ANEXO III - Planilha contendo a relação de notas fiscais de devolução de clientes extraída do arquivo entregue pelo contribuinte e consolidada por período de autuação, cujos créditos de ICMS/ST utilizados foram estornados.

ANEXO IV – Planilha contendo Apuração do ICMS/ST recolhido a menor relativas aos exercícios de 2014 a 2016 (Anexos IV A a IV C). Nesta planilha estão demonstrados os valores recolhidos a menor de ICMS/ST pela Impugnante.

A apuração das irregularidades decorre da análise dos dados contidos nas GIA-ST, arquivos do SPED e em informações prestadas pela Contribuinte, as quais identificaram, dentre os valores lançados nos campos 14 (ICMS devolução de mercadorias) e 15 (ICMS ressarcimento) da GIA-ST (dedutores do valor do ICMS/ST devido a Minas Gerais), aqueles que se referiam à devolução de mercadorias por parte dos destinatários, então objeto da autuação, e os que decorreram de retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário.

Apurou-se que na devolução de mercadorias por parte dos destinatários não foram observados os requisitos legais para o aproveitamento de créditos relativos às referidas devoluções.

A Impugnante alega que devido à especificidade dos produtos comercializados, parcela das operações são objeto de posterior desfazimento do negócio, o que entende ocorrer de dois modos distintos:

a) cenário (i) - Os produtos vendidos não são recebidos pelos clientes, retornando ao estabelecimento com a própria nota fiscal de venda;

b) cenário (ii) - Os produtos vendidos são recebidos pelos clientes e posteriormente devolvidos com emissão de nota fiscal de devolução emitida por seus clientes.

Destaca que no cenário (i), não há pagamento de qualquer valor pelo cliente, já que a operação não se concretizou. Há o desfazimento do negócio da operação, mediante lançamento do crédito em seu “contas a receber” e acresce ao seu estoque a quantidade dos produtos constata da nota fiscal de venda.

Afirma que no cenário (ii), há uma efetiva devolução de mercadoria com nota fiscal do cliente. Nesta hipótese, o valor da operação já pode ter sido objeto de pagamento pelo cliente. Nesta situação adota dentre dois procedimentos:

**ii-A** caso o cliente não tenha efetuado o pagamento, lança crédito em seu “contas a receber”, anulando a operação de venda e acresce ao seu estoque a quantidade de produtos devolvidos, conforme nota fiscal de devolução do cliente;

**ii-B** caso o cliente já tenha efetuado o pagamento, a empresa lança um crédito em seu “contas a receber” vinculado ao cliente, o qual será utilizado para abatimento do valor devido em outra venda e acresce ao seu estoque a quantidade de produtos devolvidos, conforme nota fiscal de devolução emitida pelo cliente.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Enfatiza que em ambos procedimentos ocorreria o desfazimento de venda inicialmente aventada.

Assevera que com lastro no disposto do art. 34 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, apropriou o valor do ICMS-ST, já que esses valores são frutos de operações desfeitas, sendo passíveis de dedução em futuros recolhimentos que serão feitos ao estado de Minas Gerais.

Diz que no caso de desfazimento da operação de venda, a própria operação de venda realizada pelo substituto tributário ao substituído é desfeita, inexistindo como negócio jurídico por ser anulada.

Entende que em se tratando de operações desfeitas, não há pretensa ausência de pagamento ou pagamento a menor de ICMS-ST em razão de creditamento indevido de imposto, já que o art. 34 do RICMS/02 habilitaria a Impugnante a realizar a apropriação de crédito em sua escrita fiscal.

Observa-se que a defesa quer fazer crer que a empresa pode apropriar-se do ICMS-ST adotando o mesmo procedimento para duas situações distintas, ou seja, quando o cliente se recusa a receber o produto (hipótese não objeto da autuação) e quando o cliente realiza operação de devolução, após a efetiva entrada em seu estabelecimento (hipótese objeto da autuação).

Na verdade, são processos jurídicos completamente diferentes, pois no retorno, a mercadoria não é recepcionada pelo estabelecimento destinatário, onde a mesma volta para o estabelecimento remetente por meio da sua própria nota fiscal originária já na devolução a mercadoria é recebida pelo destinatário e somente após seu recebimento é que são constatadas irregularidades que ocasionarão a devolução.

Aqui cabe destacar que as devoluções com notas fiscais de clientes, onde a mercadoria foi entregue, caso dos autos, estão submetidas à aplicação dos arts. de 22 a 30, Anexo XV do RICMS/02 e cláusula terceira do Convênio ICMS nº 81/93, em razão da inocorrência do fato gerador presumido.

A legislação tributária de Minas Gerais que rege a matéria assim dispõe:

RICMS/02, Anexo XV:

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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.

§ 4º Nas hipóteses de redução de base de cálculo ou de redução de alíquota, após a retenção ou pagamento do imposto devido a título de substituição tributária, o valor do imposto recolhido a maior será restituído ao contribuinte, relativamente às mercadorias em estoque no dia anterior à vigência da redução da base de cálculo ou da nova alíquota.

§ 5º Na hipótese de perecimento, furto, roubo ou qualquer outro tipo de perda, o contribuinte deverá comprovar o fato.

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.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, em se tratando de combustível derivado de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

petróleo, o ressarcimento será efetivado junto ao fornecedor da mercadoria.

§ 2º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica nas hipóteses em que o imposto deva ser recolhido até o momento da entrada da mercadoria no Estado.

§3º O contribuinte que adquirir mercadoria relacionada no item 43 da Parte 2 deste Anexo 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 e destiná-la a órgão da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias, com a isenção prevista no item 136 da Parte 1 do Anexo I, poderá adotar modalidade de restituição estabelecida em resolução do Secretário de Estado de Fazenda, alternativamente ao procedimento disposto nesta subseção.

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".

§ 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,



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)".

Art. 28. Na hipótese de restituição mediante abatimento de imposto devido pelo contribuinte a título de substituição tributária, o contribuinte emitirá nota fiscal em seu próprio nome e a apresentará à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização de restituição, que será exarada na própria nota fiscal.

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

I - como natureza da operação: "Restituição de ICMS/ST";

II - no campo Informações Complementares da nota fiscal:

a) o valor do imposto objeto de restituição;

b) a expressão: "Restituição de ICMS/ST- art. 28 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS".

§ 2º O documento fiscal de que trata este artigo, após a autorização de restituição, será escriturado pelo emitente, 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, lançando no campo Observações a expressão: "Crédito por restituição de ICMS/ST no valor de R\$ (indicação do valor)".

Art. 29. Na hipótese de restituição mediante creditamento na escrita fiscal, o contribuinte emitirá nota fiscal em seu próprio nome e a apresentará à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização de restituição, que será exarada na própria nota fiscal, ou no respectivo DANFE.

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

I - como natureza da operação: "Restituição de ICMS/ST";

II - no campo Informações Complementares da nota fiscal:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a) o valor do imposto objeto de restituição;
- b) a expressão: "Restituição de ICMS/ST - art. 29 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS".

§ 2º O documento fiscal de que trata este artigo, após a autorização de restituição, será escriturado pelo emitente, no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), em folha destinada à apuração do imposto devido por suas próprias operações ou prestações, no quadro Outros Créditos, lançando no campo Observações a expressão: "Crédito por Restituição de ICMS/ST no valor de R\$ (indicação do valor)".

Art. 30. Em se tratando de restituição por motivo de saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da entrega do demonstrativo ou dos registros apresentados para demonstrar o imposto a ser restituído, deverá o contribuinte apresentar cópia da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, relativamente ao imposto retido em favor da unidade da Federação destinatária, se for o caso.

Parágrafo único. Para efeitos da restituição do ICMS prevista neste Capítulo, é vedado visar documento fiscal para o contribuinte que deixar de cumprir a obrigação prevista neste artigo, até sua regularização.

Art. 31. O visto no documento fiscal emitido para fins de restituição do imposto não implica o reconhecimento da legitimidade dos créditos nem homologa os lançamentos efetuados pelo contribuinte.

(Grifou-se).

O teor da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 81/93, do qual os estados de Minas Gerais e de São Paulo são signatários, prevê o ressarcimento da substituição tributária nas operações interestaduais, bem como a possibilidade de que cada estado possa dispor sobre o modo de ressarcimento dessas operações. Examine-se:

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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 supratranscrita, havendo aplicação da substituição tributária sobre a mercadoria e ocorrendo a sua devolução em operação interestadual, existe a confirmação de que o fato gerador presumido não ocorreu, possibilitando ao substituído o direito a se restituir do ICMS/ST recolhido a favor da unidade da federação de destino da mercadoria (*in casu*, Minas Gerais), bem como a se creditar do ICMS relativo à 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-la junto ao seu estado. Inobstante a alegação de não ter ocorrido o pagamento isso não restou provado.

Identificadas devoluções de mercadorias por destinatários mineiros, buscou-se as notas fiscais de ressarcimento, emitidas por estes para a Impugnante que

pudessem dar lastro ao aproveitamento de crédito, o que não se confirmou, caracterizando-se infração à legislação.

Reitera-se que não condiz com a realidade a afirmação da Impugnante de que não houve circulação jurídica da mercadoria, a transferência de posse e propriedade da mercadoria, e nem a existência de fato gerador presumido, dando-lhe o direito ao creditamento automático do imposto ICMS-ST em sua conta corrente fiscal sem lastro qualquer em nota fiscal de ressarcimento, pois esse não é o procedimento previsto na legislação de regência.

Conforme demonstrado no Auto de Infração, a Impugnante, de fato, apropriou créditos de ICMS/ST de devoluções de mercadorias sem ter posse de notas fiscais de ressarcimento visadas pela Delegacia Fiscal, abatendo-os do valor do imposto devido a Minas Gerais, infringindo a legislação tributária deste estado e, também, o convênio citado.

Nas operações de devolução de mercadorias pelos destinatários mineiros, a Autuada não poderia ter aproveitado os créditos do ICMS/ST destacados nestas notas fiscais, porque o direito à restituição do ICMS/ST por fato gerador não concretizado é do destinatário mineiro, já que foi ele quem suportou o ônus tributário da operação original.

Somente poderia a Impugnante aproveitar referido crédito se tivesse sido eleita, pelo destinatário, para realizar com ela o ressarcimento do ICMS/ST, conforme o inciso I do art. 24 do Anexo XV do RICMS/02, e de posse da nota fiscal de ressarcimento emitida pelo destinatário nos moldes do art. 27 do mesmo diploma legal.

Equivoca-se a Impugnante ao afirmar que o lançamento fiscal em questão foi realizado a despeito do art. 142 do CTN, em função do não aprofundamento das investigações. A demonstração das irregularidades foi clara, objetiva e precisa.

Sustenta a Fiscalização que não procede a alegação de que se apoiou em procedimentos fiscais não aplicáveis ao caso para descaracterizar as devoluções levadas a efeito, fundamentado no art. 34 do Anexo XV do RICMS/02, combinado com os arts. 22 a 27 do mesmo Anexo.

Não é objeto do lançamento as operações de retorno de mercadorias não entregues.

Tratando-se de operações de devolução de mercadorias por parte dos destinatários, fato incontroverso, não se exigiu que a Impugnante tivesse adotado os procedimentos previstos nos arts. 22 a 27 do Anexo XV porque claro está que este procedimento caberia aos destinatários mineiros.

Estes é que poderiam ter solicitado a restituição do imposto recolhido referente a fato gerador presumido que não se confirmou e, dentre outras, optando pela modalidade de ressarcimento junto a sujeito passivo por substituição, poderiam escolher qualquer fornecedor cadastrado como substituto tributário, inclusive a Impugnante, para com ele efetuar a operação de ressarcimento.

Para buscar comprovar que recebia notas fiscais de devolução com destaque do ICMS-ST proporcional às devoluções, a Impugnante anexou cópias de telas de

sistema informatizado, aparentemente, de controle de notas fiscais e devoluções, mas sem caracterização de vinculação com ela.

Ademais, a existência de destaque do ICMS/ST em notas fiscais de devolução emitidas por destinatários mineiros não lhe daria direito por conta própria, se creditar destes valores, nas operações de venda originais em que figurou como substituta tributária.

Primeiro, porque, como já dito anteriormente, quem assumiu o ônus tributário na operação original foi o destinatário mineiro e, somente este detém o direito de pedir restituição destes valores. E, segundo, se for devido o ICMS/ST nestas operações, conforme a legislação tributária do estado de São Paulo, jamais poderia ter sido utilizado para abater o saldo do imposto devido ao estado de Minas Gerais.

Ratifica-se que não subsiste a mera alegação, sem qualquer prova, de que foi a Impugnante quem, efetivamente, suportou o ônus financeiro da tributação.

Não procede, também, a alegação de falta de aprofundamento nas investigações feitas pela Fiscalização, pois a escrita fiscal da Impugnante traz elementos suficientes para identificar a prática das irregularidades que ensejaram a autuação.

Observa-se que os créditos de ICMS/ST lançados não possuem nenhum lastro documental e, nem tampouco autorização pela unidade de circunscrição do contribuinte substituído, infringindo, indiscutivelmente, toda legislação que trata da matéria.

Diante do exposto, a Impugnante somente poderia abater o valor do imposto por substituição devido a Minas Gerais se tivesse sido eleita pelo substituído mineiro e de posse da nota fiscal de ressarcimento para ela emitida.

Considerando, assim, que nenhuma das condições legais foram cumpridas, não restam dúvidas quanto à flagrante infringência à legislação tributária. Como lembra a Fiscalização, a Impugnante adotou procedimento próprio para o aproveitamento de créditos oriundos de operações de devolução, ao arripio das previsões legais.

Ainda, é de se ressaltar que a restituição estatuída no art. 165 do CTN e disciplinada nos arts. 28 a 36 do RPTA trata de repetição de indébito tributário, ou seja, prevê e normatiza o direito do sujeito passivo requerer a restituição de imposto pago indevidamente.

Enquanto o indébito tributário é caracterizado pelo pagamento de um imposto que já nasceu indevido, tal como ocorre, por exemplo, no pagamento de substituição tributária de uma mercadoria não sujeita a este regime; o ressarcimento de ICMS retido a título de substituição tributária pela não ocorrência do fato gerador presumido caracteriza situação diferenciada.

Conforme demonstrado, o Acórdão do Conselho de Contribuintes trazido aos autos pela Autuada (21.621/15/3º), trata de decisão que não a socorre, pois há diferença crucial entre o instituto de indébito tributário, invocado no citado acórdão, e o do ressarcimento disciplinado no Anexo XV do RICMS/02.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A infração descrita na presente autuação é formal e objetiva. Portanto, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito, nos termos do art. 136 do CTN, que prescreve que a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal.

No que diz respeito à exigência cumulativa de multas de revalidação e isoladas, não cabe razão à Defesa que aponta a ocorrência do *bis in idem* em relação às penalidades exigidas pela Fiscalização.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) majorada em 100% (cem por cento), por força do art. 56, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, refere-se ao descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS/ST efetuado pela Autuada.

Já a multa capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo aproveitamento de crédito indevido, descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada obteve autorização do Poder Judiciário deste estado, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, emendada 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 DEPRECIAÇÃO 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<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Assim, ao contrário do que sustenta a Impugnante, é possível a incidência concomitante das multas em questão, porquanto foram cobradas nos exatos termos da legislação pertinente.

Por fim, a Impugnante afirma ser indevida a aplicação de juros de mora retroativos, em relação à multa de revalidação, considerando que o vencimento da multa de revalidação não se deu na data de vencimento do tributo.

Porém, cumpre esclarecer que a cobrança dos juros de mora encontra-se disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil:

RESOLUÇÃO Nº 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

(MG de 14/10/97)

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

(...)

(Grifou-se).

Observa-se que, somente em relação à multa isolada, há ressalva no tocante ao termo inicial para cobrança dos juros de mora, de acordo com o inciso II do art. 2º da citada Resolução.

Portanto, não cabe razão à Impugnante em sua alegação e não carece de qualquer reparo a cobrança dos juros de mora incidentes sobre a multa de revalidação.

E, ao contrário do alegado, a exigência da multa de revalidação em questão, embora tenha ocorrido somente com o lançamento de ofício, nasce com a exigência do imposto e deve ter a mesma data de vencimento deste.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, § 2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Quanto às assertivas de violação ao princípio do não confisco, 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;

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. André Luiz Menon Augusto e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira (Revisor), Maria de Lourdes Medeiros e Alan Carlo Lopes Valentim Silva.

**Sala das Sessões, 09 de março de 2017.**

**Marco Túlio da Silva**  
**Presidente/Relator**