

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.998/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000304404-98
Impugnação: 40.010127554-51
Impugnante: Bemec Comercial Ltda.
IE: 067227569.00-17
Proc. S. Passivo: Pedro Mergh Villas/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR - ALÍQUOTA. Pedido de restituição de valor recolhido a maior a título de ICMS, decorrente de aplicação de alíquota maior do que a devida (18% em vez de 12%), em operações interestaduais de saída de mercadorias destinadas a contribuintes do imposto, situados no Estado de São Paulo, mas que foram entregues em território mineiro, por conta e ordem dos adquirentes, situados naquele Estado. Não comprovada por meio de declaração dos destinatários de que não aproveitaram o excesso de crédito destacado, autorizando o remetente a pleitear a restituição e, tampouco, por meio de cópia do livro Registro de Entradas ou do livro Registro de Apuração do ICMS. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Impugnante pleiteia a restituição da importância de R\$ 335.649,52 (trezentos e trinta e cinco mil, seiscentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sob a alegação de que recolheu indevidamente a referida quantia a título de ICMS, no período de outubro de 2007 a julho de 2009, decorrente da aplicação de alíquota maior do que a devida (18% em vez de 12%), em operações interestaduais de saída de mercadorias destinadas a contribuintes do imposto, situados no Estado de São Paulo, mas que foram entregues em território mineiro, por conta e ordem dos adquirentes, situados naquele Estado.

Regularmente instruído o pedido, foi ele indeferido pelo Sr. Delegado Fiscal de Betim, conforme despacho de fls. 150, fundamentando-se no parecer da Fiscalização de fls. 149, que considerou que, se houve a aplicação de alíquota de ICMS maior que a devida, os destinatários também se apropriaram de valor do imposto superior àquele a que teriam direito, mormente no que tange às empresas Likstrom Engenharia Indústria e Comércio Ltda. e Aumund Ltda., Inscrição Estadual de nº 114.151.122.119 e 117.042.096.118, respectivamente (fls. 141 a 145).

No que se refere à empresa Metso Brasil Indústria e Comércio Ltda. I.E. nº 669.575.300.114, a Requerente deveria comprovar o não aproveitamento de ICMS em valor superior ao devido, mediante declaração do destinatário e cópia dos livros Registro de Entrada e Registro de Apuração do ICMS, nos termos da Instrução Normativa DLT/SRE nº 03/92.

Da Impugnação

Inconformada com a decisão, a Contribuinte apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 152/167, alegando em síntese, o que segue.

Após breve exposição dos fatos, afirma que a alíquota aplicável às operações ora analisadas é de 12% (doze por cento), prevista no art. 42, inciso II-C do RICMS/02 e que este entendimento é, inclusive, corroborado pelo Estado de Minas Gerais, conforme consulta PTA nº 16.000252392-83.

Acrescenta que por equívoco da sua contabilidade, houve o destaque e escrituração de ICMS com a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento) como se operação interna fosse, gerando-lhe direito à restituição da quantia indevidamente recolhida.

No seu modo de ver, os valores recolhidos indevidamente devem ser-lhe restituídos, independentemente do valor do crédito aproveitado pelos destinatários, que *“inclusive se encontra sediado no Estado de São Paulo”*. E que qualquer irregularidade no valor apropriado, deve ser questionada pelo Fisco paulista, diretamente ao destinatário.

Solicita, ao final, que seja julgada procedente a Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em bem fundamentada Manifestação de fls. 301/302, refuta os argumentos da defesa pedindo que a Impugnação seja julgada improcedente e afirma que em momento algum foi questionada a pertinência da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) às operações em referência.

Aduz que as razões que motivaram o indeferimento do pedido de restituição formulado foram a constatação de aproveitamento de ICMS em valor superior ao devido, no que se refere a dois destinatários, além da exigência, quanto a comprovação por parte de outra empresa (Metso Brasil), do não aproveitamento do ICMS em valor superior ao devido.

Esclarece que se procedida a comprovação não haveria obstáculos à concretização da restituição pleiteada, mas que tal prova não foi trazida aos autos.

Da Decisão da 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG

Em sessão realizada no dia 12 de novembro de 2010, decidiu a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG exarar despacho interlocutório para que a Impugnante fizesse a comprovação de que as empresas destinatárias não aproveitaram ICMS em valor superior ao devido. Para tanto, solicitou-se que fossem juntados aos autos cópia do livro Registro de Entrada e livro Registro de Apuração de ICMS, visados pelo Fisco paulista (fls. 307).

Em resposta, a Impugnante se manifesta às fls. 311/314, com documentos anexados às fls. 315/423, afirmando que a exigência formulada pela Câmara vai exatamente de encontro à tese por ela defendida, ou seja, de que o recolhimento a maior do ICMS não guarda qualquer relação com o montante do tributo aproveitado pelos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatários das mercadorias. Além do mais, não dispõe do poder de polícia para exigir que os adquirentes façam retificação e eventual estorno do imposto. Mas, “de qualquer forma, a empresa, cumprindo o dever de informação aos seus compradores”, enviou a todos as devidas “cartas de correção”, relativamente a cada nota fiscal emitida “informando o equívoco cometido” e recomendando às devidas retificações.

A Fiscalização reitera o seu pedido de que seja julgada improcedente a Impugnação.

DECISÃO

A Impugnante, como já relatado, pleiteia da Fazenda Pública Estadual a restituição da importância de R\$ 335.649,52 (trezentos e trinta e cinco mil, seiscentos e quarenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), a título de ICMS recolhido indevidamente, sob o fundamento de que aplicou alíquota maior que a devida (18% em vez de 12%), em operações interestaduais de saída de mercadorias destinadas a contribuinte do imposto, situados no Estado de São Paulo, mas que foram entregues no território mineiro, por conta e ordem dos adquirentes, situados naquele Estado.

A repetição do indébito tributário é uma obrigação de devolução que decorre de um pagamento indevido de um tributo, formando um vínculo entre o particular e a Administração Pública consistente na devolução dos indébitos advindos desse pagamento.

Essa consideração encontra-se positivada no art.165 do CTN, que prescreve:

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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Nas hipóteses em que a restituição se refira aos chamados tributos indiretos, no entanto, por força do disposto no art. 166 do mesmo Código, somente detém legitimidade ativa para o pedido àquele que comprove haver suportado o encargo financeiro do pagamento indevido ou, caso o tenha transferido a terceiro, estiver por este expressamente autorizado a receber a restituição. Neste sentido, confira-se a redação dos referidos dispositivos:

Código Tributário Nacional

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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

(...).

Importa dizer que a restituição do ICMS está condicionada a quem prove haver assumido o seu encargo financeiro ou, caso o tenha transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, conforme previsto no § 3º do art. 92 do RICMS/02 c/c art. 166 do CTN, uma vez que o encargo financeiro relativo ao ICMS repercute no preço das mercadorias, sendo assim suportado por quem as adquire.

Não raro, aquele que paga o tributo (sujeito passivo de direito) não suporta o respectivo ônus financeiro; este é transferido a terceiro (sujeito passivo de fato). Nesse caso, se o tributo pago era indevido e o patrimônio que sofreu a diminuição é de terceiro, a repetição do indébito deve acrescer ao patrimônio deste. Inobstante o pagamento indevido tenha sido realizado pelo contribuinte de direito, o contribuinte de fato possui legitimidade para pleitear a repetição do indébito.

No caso dos autos, verifica-se que em momento algum foi questionada a pertinência da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) às operações em referência, pois a alíquota aplicável na saída de mercadoria para contribuinte do ICMS estabelecido em São Paulo, ainda que sua entrega ocorra no território mineiro por conta e ordem do adquirente paulista, é a prevista na alínea “c”, inciso II, art. 42 do RICMS/02, qual seja, 12% (doze por cento).

O que é objeto de controvérsia é a necessidade de comprovação de que os destinatários, Metso Brasil, Likstrom Engenharia Indústria e Comércio Ltda. e Aumund Ltda., não aproveitaram ICMS em valor superior ao devido.

A Impugnante defende a tese de que o recolhimento a maior do ICMS não guarda relação com o montante do tributo aproveitado pelos destinatários das mercadorias e que não dispõe do poder de polícia para exigir de seus clientes a retificação e eventual estorno de crédito.

A Fiscalização, por sua vez, sustenta que a Impugnante deveria comprovar que os destinatários não aproveitaram o crédito de ICMS em valor superior ao devido.

Portanto, no que tange ao cerne do presente contencioso, verifica-se que o indeferimento do pedido de restituição está calcado na ausência das cópias dos registros nos livros fiscais dos destinatários (livro Registro de Entradas e livro Registro de Apuração do ICMS), onde o Fisco mineiro iria confrontar o valor do ICMS destacado na nota fiscal com o valor efetivamente aproveitado pelo destinatário, cuja eventual diferença seria objeto do pedido de restituição.

Corroborando o entendimento da Fiscalização, esta Câmara de Julgamento concedeu oportunidade à Contribuinte para que trouxesse aos autos cópias dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS dos destinatários das mercadorias, devidamente visados pelo Fisco do Estado de São Paulo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta exigência já se encontrava prevista na Instrução Normativa DLT/SRE 03/92, item 4.2, alínea "b".

Por sua vez, estabelece o art. 30 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/2008 (RPTA), in verbis:

Art. 30. A restituição de indébito tributário relativo a tributos que comportem transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove havê-lo assumido, ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A Impugnante traz aos autos cópias de "cartas de correção" de fls. 316/422, as quais, segundo ela, teriam informado o equívoco cometido e recomendando a retificação nas escritas fiscais dos destinatários.

Além de tais documentos não serem bastantes à comprovação solicitada pela Câmara, não consta das chamadas "cartas de correção" a data de seu recebimento pelos destinatários, não sendo possível fazer a sua correlação com o documento dos Correios anexado às fls. 423, de onde se depreende que se refere a correspondências enviadas no mês de dezembro de 2010. E, no caso, a restituição pleiteada se refere a notas fiscais emitidas em 2007, 2008 e 2009 (relação de notas fiscais de fls. 10/11).

Há que se salientar que os dados do Auditor Eletrônico anexados às fls. 142/143, 145 e 147/148 informam que a Likstrom Engenharia e Indústria Ltda. e a Aumund Ltda se apropriaram do imposto à alíquota de 18% (dezoito por cento) e a Metso Brasil Indústria e Comércio Ltda. à alíquota de 12% (doze por cento). Porém, em relação a esta última, não foi apresentada a declaração do destinatário e tampouco a cópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, como solicitado.

À míngua de documentos probantes do direito à restituição, sob a forma de aproveitamento do crédito do ICMS destacado a maior nas notas fiscais relacionadas na planilha às fls. 10/11, não se reputam passíveis de restituição.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), José Luiz Drumond e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**