

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.255/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000457153-74
Impugnação: 40.010133146-29
Impugnante: Pedreira Santa Mônica Ltda
IE: 367622777.00-87
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS- Pedido de restituição de valor recolhido a título de ICMS, relativo à operação de saída de mercadoria (pedra britada) sem observância da isenção inserida na legislação. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada, em face das disposições contidas no art. 166 do CTN e no inciso I do art. 71 do RICMS/02, posto que a Impugnante não comprovou ter assumido o encargo financeiro, bem como não demonstrou estar expressamente autorizada a pedir a restituição por aquele que o suportou e, ainda, não comprovou o estorno proporcional do crédito relativo às saídas isentas. Correta a denegação do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente PTA sobre o indeferimento do pedido de restituição de valor recolhido a título de ICMS relativo a operações de saídas de pedra britada, no período de 01/04/12 a 30/04/12, sem considerar a superveniência de isenção inculpada na legislação a partir de 28/03/12, mediante a inserção do item 189 no Anexo I do RICMS/02, efetuada pelo Decreto nº 45.946/12.

O Delegado Fiscal da DF/Juiz de Fora, em despacho às fls. 30 e com base no Parecer Fiscal às fls. 29, decide indeferir o pedido.

Inconformada com a decisão, a Requerente, tempestivamente e por seu representante legal, apresenta Impugnação às fls. 32.

O Fisco promove intimação complementar de livros e documentos às fls. 55.

A Impugnante retorna aos autos às fls. 56/58, diminuindo os valores do pedido e apresentando alguns documentos requeridos pelo Fisco, compelindo o Fisco a renovar parte da intimação inicial ainda não atendida (fls. 454/456).

Mediante declaração de não aproveitamento de crédito apresentada às fls. 457, pretendeu o representante contábil elucidar os pontos questionados pelo Fisco, que comparece aos autos com sua Manifestação às fls. 458/462.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 10/07/13, exara despacho interlocutório, às fls. 466, para que a Requerente demonstre e comprove que não houve aproveitamento de crédito em relação às mercadorias objeto do pedido de restituição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Atendendo ao interlocutório, a Requerente reapresenta a declaração juntada aos autos às fls. 457 acompanhada de planilha enumerando os documentos fiscais geradores do pleito (fls. 474/482), contra os quais manifesta o Fisco às fls. 484/486.

DECISÃO

Do Mérito

Discute-se, nesse processo, o indeferimento do pedido de restituição de valor recolhido a título de ICMS relativo a operações de saídas de pedra britada, no período de 01/04/12 a 30/04/12, sem considerar a superveniência de isenção insculpida na legislação a partir de 28/03/12, mediante a inserção do item 189 no Anexo I do RICMS/02, efetuada pelo Decreto nº 45.946/12.

Considerando a característica do pedido, uma das questões sob exame converge para matéria puramente de direito, no tocante à legitimação ativa da ora Impugnante para pleitear a restituição. Em outras palavras, cumpre verificar se o disposto no art. 166 do CTN se aplica ou não à hipótese dos autos.

Saliente-se que, em matéria de restituição de valores indevidamente pagos a título de tributos, a regra geral é que a legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito – administrativa ou judicialmente – é do sujeito passivo da obrigação tributária, vale dizer, aquele a quem é atribuída a responsabilidade legal pelo pagamento do tributo, mas que, ao fazê-lo comete erro de direito ou de fato do qual resulte pagamento total ou parcialmente indevido, seja por falta de previsão legal da obrigação, seja porque legalmente prevista, porém quantificada em excesso. É o que se depreende, salvo melhor juízo, do disposto no art. 165 do CTN.

Nas hipóteses em que a restituição se refira aos chamados tributos indiretos, no entanto, por força do já citado art. 166, somente detém legitimidade ativa para o pedido aquele que comprove haver suportado o encargo financeiro do pagamento indevido ou, caso o tenha transferido a terceiro, estiver por esse expressamente autorizado a receber a restituição. Nesse sentido, confira-se a redação do referido dispositivo:

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.

Apesar da complexidade do tema, o encargo financeiro relativo a todos os tributos são direta ou indiretamente repassados aos adquirentes dos bens, mercadorias e serviços – ora pela via dos preços, tal como ordinariamente se dá nos tributos que, do ponto de vista econômico incidem sobre a produção, circulação e consumo, ora pela via dos custos/despesas, em relação àqueles sobre a renda ou o patrimônio. Não obstante a ausência de um critério seguro para se definir juridicamente quais são os tributos “que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro”, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que, com tal redação, o CTN

acolheu, no campo do Direito Tributário, conceito tradicionalmente adotado pelas ciências das finanças e da economia para classificar os tributos em indiretos ou diretos, na medida em que os respectivos encargos financeiros sejam ou não suportados pelos chamados contribuintes de fato ou de direito.

Referendando tal entendimento, o magistério do Em. Prof. Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário – 9ª ed., Forense, RJ, 2006, 2ª t., p. 815/817), para quem:

(...) a teoria da translação do ônus fiscal, bem estudada em seu aspecto econômico na Ciência das Finanças, é extremamente complexa. Os financistas são unânimes na assertiva de que todos os tributos incidentes sobre organizações econômicas, inclusive o imposto de renda e os patrimoniais, são trasladáveis mediante o mecanismo dos preços e dos contratos. De igual modo, muita vez, as condições de mercado, estruturais ou conjunturais, forçam os agentes econômicos ao fenômeno da absorção dos custos fiscais.

(...)

Quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua constituição jurídica, são feitos para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla. (grifos no original).

Na mesma linha, José Jayme de Macêdo Oliveira (Código Tributário Nacional: Comentários, Doutrina e Jurisprudência – Saraiva, SP, 1998, p. 465), ao comentar o referido dispositivo legal, assim manifesta-se:

Esse fenômeno (repercussão), de cunho econômico, materializa-se quando se percebe a existência de dois contribuintes, um de direito e outro de fato, ocorrendo, no momento de sua concretização, o repasse do respectivo ônus financeiro diretamente do primeiro para o segundo. Cristaliza-se aí o chamado imposto indireto, cuja restituição do pago indevidamente exige o atendimento dos requisitos enumerados neste artigo do CTN.

O Fisco, percebendo a natureza do tributo sobre o qual foi pedido restituição, intima a Requerente a comprovar a repercussão do encargo financeiro a terceiros, bem como, a existência do estorno proporcional dos créditos com base nas saídas sem a ocorrência da tributação, documento de fls. 22/23.

Embora ciente da obrigação de comprovação do alegado, em momento algum a Requerente compareceu aos autos para robustecer o pleito com as provas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

capazes de garantir o cumprimento dos dispositivos legais atinentes ao disposto no art. 166 do citado Código Tributário.

Não bastasse o acima disposto, o Fisco renova o pedido de comprovação dos estornos efetuados, como demonstra outra intimação autuada às fls. 55, dias antes da Requerente promover a alteração do valor do pedido (fls. 57/58).

Reiteradamente, às fls. 454/456, o Fisco promove nova inserção na tentativa de alcançar provas suficientes da lisura e da legalidade na conduta da Pleiteante, delineando os dispositivos afetos ao estorno do crédito, obtendo como resposta uma declaração desprovida de características efetivas no sentido probatório (fls. 457).

Caberia à Impugnante comprovar o respeito aos dispositivos regulamentares delineados pelo Fisco nas intimações, em especial ao disposto nos incisos I e II do art. 71 do RICMS/02, a saber:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

I - vierem a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no § 3º deste artigo e no artigo 74 deste Regulamento;

II - vierem a ser integrados ou consumidos em processo de comercialização, industrialização, produção, extração, geração, prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, quando a operação ou prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, observado o disposto no § 3º deste artigo.

(...)

Como bem assevera o Fisco na sua manifestação, o item 189 do Anexo I do RICMS/02, que trouxe a isenção para as saídas das mercadorias relacionadas com o pedido de restituição, não assegura a manutenção integral dos créditos dos insumos e matérias primas empregadas no processo produtivo, de modo a impingir ao produtor a necessidade de efetuar o estorno dos créditos pelas entradas, proporcionais a essas saídas.

Inobstante a insistência do Fisco com três intimações praticamente sobre os mesmos assuntos, esta Câmara de Julgamento, na sessão do dia 10/07/13, decide exarar despacho interlocutório para possibilitar à Impugnante demonstrar não ter ocorrido o aproveitamento de crédito relativo às mercadorias objeto do pedido de restituição.

Nos autos estão delineadas múltiplas oportunidades de comprovação da adequação aos dispositivos regentes dos processos de restituição, com várias dilações de prazo para atendimento das intimações e do despacho interlocutório sem, contudo, ocorrer o preenchimento dos requisitos indispensáveis à segurança para que a autoridade administrativa conceda a restituição do indébito.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 15 de outubro de 2013.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Eduardo de Souza Assis
Relator**

D

CC/MIG