

Acórdão: 20.576/14/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 16.000538572-12  
Impugnação: 40.010136405-93  
Impugnante: Pedra Sul Mineração Ltda.  
IE: 408728876.00-21  
Proc. S. Passivo: João Batista Côrtes Sálvio Veiga  
Origem: DF/Juiz de Fora

### **EMENTA**

**RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição fundado na tributação a maior de operações interestaduais com areia e brita. Tendo restado demonstrado nos autos que a correta tributação das mercadorias era à alíquota de 7% (sete por cento) e cumpridos os requisitos impostos no art. 166 do Código Tributário Nacional, deve ser restituído a Impugnante o valor pleiteado. Impugnação procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

#### **Do Pedido de Restituição**

A ora Impugnante protocolou pedido de restituição de ICMS (fls. 05/12), alegando, em síntese:

- tem por atividade a extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil);

- emitiu diversas notas fiscais relativas às saídas de tais mercadorias com destino à empresa Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio, situada no município do Rio de Janeiro/Rio de Janeiro, não contribuinte do ICMS;

- na emissão das referidas notas fiscais aplicou incorretamente as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento);

- é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS por débito e crédito, situação em que a aplicação incorreta da alíquota de ICMS gerou o recolhimento do imposto a maior;

- o art. 42, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.2” do RICMS/02 determina que nas operações internas tais produtos são tributados pela alíquota de 7% (sete por cento) e, da mesma forma devem ser tributados nas operações interestaduais

quando destinadas a nãocontribuintes do imposto, por força do inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1”;

- este entendimento tem respaldo na Consulta de Contribuinte n.º 156/06;
- nas operações em questão aplicou-se alíquota do ICMS maior que a devida, levando a débito o imposto destacado nas respectivas notas fiscais emitidas;
- assim, cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02.

Ao final, relaciona todas as notas fiscais emitidas nas operações objeto do pedido de restituição, e, em cumprimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS/02 e art. 166 do Código Tributário Nacional, junta declaração da destinatária de que não é contribuinte do ICMS e não se apropriou dos créditos de ICMS destacados nas referidas notas fiscais, como também autoriza o pedido de restituição.

#### **Da Instrução Processual**

A então Requerente foi intimada em 27 de maio de 2014 a apresentar documentos e informações sobre as Notas Fiscais n.ºs 038653 e 038654 (fls. 1.208/1.209).

A Requerente comparece aos autos à fl. 1.210 e junta os documentos de fls. 1.211/1.214.

É emitido o Parecer Fiscal de fls. 1.192/1.205, pelo indeferimento do pleito, tendo em vista não ter sido possível comprovar a aquisição pela destinatária das mercadorias relacionadas nas notas fiscais, objeto do presente pedido, e, considerando que as Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060, ambas emitidas em 30 de agosto de 2011, devem ser excluídas do requerimento, eis que foram devolvidas pela destinatária.

#### **Do Indeferimento do Pedido de Restituição**

Conforme despacho de fls. 1.215, 1.217/1.218, o Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora, fundamentado no Parecer Fiscal de fls. 1.192/1.205, indefere o pedido de restituição.

#### **Da Impugnação**

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.219/1.228, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

- tem por atividade a extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil);

- emitiu diversas notas fiscais relativas às saídas das referidas mercadorias em operações interestaduais destinadas à empresa Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio, não contribuinte do ICMS, aplicando, incorretamente, as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento);

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS, débito e crédito, e, assim, a aplicação incorreta das alíquotas de ICMS gerou o recolhimento do imposto maior que o devido, ensejando o pedido de restituição;

- no parecer do DD. Auditor Fiscal restou clara sua concordância quanto a aplicação indevida da alíquota prevista para operações objeto do pedido, quanto a condição de não contribuintes do ICMS da destinatária e quanto o atendimento ao disposto nos arts. 92 § 3º do RICMS/02 e 166 do Código Tributário Nacional;

- como ao emitir as notas fiscais em questão aplicou alíquotas do ICMS maiores que as devidas, levando a débito o imposto incorretamente destacado a maior, resultando na apuração de ICMS a recolher a maior que o devido, é cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02;

- o direito à restituição de imposto recolhido à maior tem como regra matriz os arts. 165 a 168 do Código Tributário Nacional;

- transcreve os incisos I e II do art. 165 do Código Tributário Nacional;

- declaração da destinatária juntada atesta sua condição de não contribuinte e autoriza o recebimento das restituições em questão, em cumprimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional;

- o direito de pleitear a restituição de tributo recolhido a maior somente se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 168, inciso I do Código Tributário Nacional;

- cita os arts. 150, § 1º e 156, inciso I do Código Tributário Nacional;

- com relação à exclusão das Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060, manifesta concordância com o Auditor Fiscal, vez que de fato foram devolvidas pela destinatária, o que passou despercebido quando do levantamento das notas fiscais emitidas com erro na aplicação incorreta da alíquota aplicável;

- é preciso ressaltar que a destinatária tem por atividade a exploração de concessão rodoviária do trecho Juiz de Fora-Rio de Janeiro, não praticando atividade sujeita ao ICMS, não estando obrigada a apresentação de arquivos eletrônicos e nem a escrituração de livros fiscais próprios dos contribuintes do ICMS;

- o ilustre Auditor Fiscal acertadamente discorre sobre a atividade da empresa destinatária, constante de seus estatutos sociais, como enquadrada no item 22.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 116/03, no entanto, comete grande equívoco ao procurar igualá-la às atividades típicas de empresas construção civil para imputar-lhe a obrigatoriedade de cumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação do ICMS;

- a atividade de exploração de rodovias tem por fonte de receita a cobrança de pedágios e em contrapartida a concessionária tem a obrigação contratual de conservação, manutenção e melhoramentos do trecho sob concessão e, no cumprimento desta obrigação não atua como prestadora de serviços;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- diante do fato de que a destinatária, não sendo contribuinte do ICMS, não escritura os livros fiscais e nem transmite arquivos eletrônicos, para comprovar as aquisições das mercadorias foram juntados todos os documentos que comprovam os pagamentos por ela efetuados;

- para cobrança das notas fiscais em questão foram emitidas faturas cujos pagamentos eram efetuados por cobrança bancária, conforme comprovantes de liquidação de cobrança e extratos das contas bancárias apresentados;

- a alegação do Fisco reflete uma presunção de entrega das mercadorias a destinatário diverso sem qualquer respaldo fático e probatório e, mesmo que tivesse indício desta prática, antes de qualquer ação fiscal, caberia a este expedir ofício ao destinatário para confirmar o recebimento;

- a comprovação da aquisição das mercadorias pelo destinatário pode ser feita pelos comprovantes de recebimento dos numerários atinentes às operações acobertadas pelas notas fiscais emitidas;

- este Conselho de Contribuintes, em julgamento de autuações por descaracterização de diferimento por entrega de mercadorias a destinatário diverso, nos Acórdãos n.ºs 19.191/11/2ª, 19.145/11/2ª e 19.334/11/2ª, assinalou no sentido de que a imputação de entrega a destinatário diverso poderia ser ilidida com a comprovação do recebimento dos numerários atinentes às operações comerciais.

Ao final, requer, na eventualidade de restar dúvidas, diligência para que o Fisco Estadual officie a destinatária para que confirme a aquisição das mercadorias e a procedência na sua integralidade do pedido de restituição do ICMS destacado a maior, mediante o creditamento em sua escrita fiscal.

### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco manifesta-se às fls. 1.232/1.245, refutando os argumentos de defesa, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

- a alegação de que o Fisco concordou nas questões relacionadas à condição de não contribuinte do ICMS da destinatária e quanto ao atendimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS e no art. 166 do Código Tributário Nacional, merece acolhida;

- também merece acolhida a afirmação de que o Fisco excluiu as Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060, eis que foram devolvidas pela destinatária;

- a Impugnante foi intimada a comprovar o recebimento das mercadorias pela destinatária, não tendo apresentado o respectivo comprovante, limitando-se a informar que a destinatária não é contribuinte do ICMS;

- não foi possível entender a afirmação da Impugnante às fls. 1224, quanto a obrigatoriedade da destinatária na apresentação de arquivos eletrônicos e escrituração de livros fiscais próprios dos contribuintes do ICMS;

- a atividade da destinatária realmente está enquadrada no item 22.01 da Lista de Serviços anexa a Lei Complementar 116/03;

- no entanto, os serviços de exploração de rodovias sob concessão, por envolverem a execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos, etc.,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ainda que não se encontre dentre as atividades previstas no item 7 da Lista de Serviços Anexa a Lei Complementar n.º 116/03, assemelham-se as operações praticadas pelas empresas de construção civil, o que a legislação regente faz tratamento diferenciado;

- não houve qualquer equívoco na tentativa de igualar a atividade da destinatária às atividades típicas das empresas de construção civil com o objetivo de imputar-lhe a obrigatoriedade de cumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação do ICMS, como afirma a Impugnante;

- cita o art. 175 do Anexo IX do RICMS/02;

- a destinatária CON CER – Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora – Rio, concessionária de serviços públicos para a exploração de rodovias mediante cobrança de pedágio, também executa obras de construção civil, quando constrói ou repara estradas de rodagens, pontes, viadutos, logradouros públicos; quando executa terraplenagem ou pavimentação, etc.;

- não merece acolhida a afirmação da Impugnante de que o Fisco pretende transmutar o sentido do texto legal;

- procede a afirmação da Impugnante de que a atividade de exploração de rodovias tem por fonte de receita a cobrança de pedágios;

- no entanto, não é descabida a equiparação da atividade prevista no item 22.01 da Lista de Serviços anexa a Lei Complementar n.º 116/03 as atividades de prestação de serviços prevista no item 7 do mesmo diploma legal;

- a destinatária não é contribuinte do ICMS, mas a legislação fluminense assevera que as empresas de construção civil estão obrigadas a inscrição no Cadastro de Pessoas Jurídicas do Estado do Rio de Janeiro independentemente se são ou não contribuintes do ICMS, conforme inciso XIII do art. 31 da Resolução SEF RJ n.º 2.861/97;

- no mesmo sentido, o Parecer Normativo n.º 09/79 da SEF/RJ, abaixo transcrito, determina que estas empresas de construção civil além de terem a inscrição estadual como obrigatória, devem manter a escrituração do livro Registro de Entradas de mercadorias ou equivalentes, além do RUDFTO e do Registro de Inventário, sem contar que estão sujeitas às demais obrigações acessórias previstas na legislação tributária estadual;

- a destinatária CON CER – Companhia de Concessão Rodoviária de Juiz de Fora – Rio, não apresentou arquivos eletrônicos Sintegra, e mesmo após a Impugnante ser intimada a apresentar o livro de registro de entradas de mercadorias ou equivalente, não o apresentou;

- numa análise, por amostragem, do período de março de 2009 a dezembro de 2010, verifica-se que as duplicatas relativas às notas fiscais objeto do requerimento de restituição foram pagas por meio de cobrança bancária simples, tendo os valores destas sido depositados no Bradesco;

- portanto, diferentemente do que afirma a Impugnante, numa análise por amostragem, constata-se que as faturas foram devidamente liquidadas por meio de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cobrança bancária e os recebimentos encontram-se devidamente registrados em seu Livro Diário;

- contudo, não comprovam que a destinatária tenha recebido as mercadorias constantes das referidas notas fiscais, nem tampouco que tenham sido pagas pela destinatária das notas fiscais;

- a destinatária não apresentou qualquer arquivo eletrônico Sintegra;

- a afirmação da Impugnante de que a alegação do Fisco reflete entrega de mercadorias a destinatário diverso não merece guarita, pois que em nenhum momento tal fato foi afirmado;

- no caso de restituição de ICMS deverá o Fisco certificar-se de que realmente a Requerente tem direito a restituição, devendo esta instruir o requerimento com documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir, nos termos da alínea “b” do inciso I do Parágrafo único do art. 28 do RPTA;

- no caso sob análise, a destinatária não é contribuinte do ICMS, mas não houve comprovação de que esta recebera as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da lide;

- a comprovação do recebimento das mercadorias é matéria importante na decisão de mérito, vez que o recebimento confirmará a aplicação da alíquota interna para a operação com a consequente restituição dos valores pagos;

- além deste, já foram protocolizados os Pedidos de Restituição de ICMS autuados sob os n.ºs 16.000504107-64 e 16.000505174-53, todos solicitando a restituição de ICMS em situações semelhantes, sendo que em todos foi exigida a comprovação de que as destinatárias receberam as mercadorias relacionadas nas notas fiscais, objeto dos pedidos de restituições;

- o Acórdão n.º 19.145/11/2ª, cuja ementa foi citada pela Impugnante, apreciou situação diferente, pois no caso sob análise, em momento algum houve acusação de entrega a destinatário diverso ou utilização de documento fiscal falso;

- considerando tratar-se de matéria conhecida pela Impugnante e que esta inclusive foi intimada a comprovar o recebimento pela destinatária das mercadorias relacionadas nas notas fiscais, objeto da lide, é desnecessária a conversão do julgamento em diligência para se confirmar a aquisição das mercadorias pela destinatária, como requer a Impugnante.

Ao final, pede o julgamento da improcedência da impugnação, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição.

---

### **DECISÃO**

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal de Juiz de Fora que, com fundamento no parecer de fls. 1.192/1.205, indeferiu a restituição pleiteada pela ora Impugnante.

Em relação ao mérito do Pedido de Restituição tem-se dos autos que a Impugnante exerce atividade de extração, industrialização e comercialização de pedra e seus derivados, tais como: pedra britada, pedra marroada, areia industrial, pó de pedra, (obtidos pelo processo de moagem de pedra), misturas de areia industrial e pedra britada para concreto (traço fácil).

No cumprimento de suas atividades e atendendo a legislação tributária a Impugnante emitiu notas fiscais acobertando saídas das referidas mercadorias em operações interestaduais destinadas à empresa Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio - Concer, não contribuinte do ICMS, aplicando, incorretamente, as alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), sendo que a alíquota correta prevista para tais operações era de 7% (sete por cento).

Importa ressaltar que não há divergência nos autos em relação à condição de não contribuinte da destinatária.

A própria Fiscalização, à fl. 1.238, assim se manifesta:

A alegação da impugnante que o Fisco, através do Parecer Fiscal de fls. 1192 a 1205, concordou nas questões relacionadas quanto à condição de não contribuinte do ICMS da empresa destinatária e quanto ao atendimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS e no art. 166 do CTN, merece acolhida.

A impugnante comprovou que a destinatária não é contribuinte do ICMS e apresentou autorização para que requeresse e recebesse a restituição em questão, em cumprimento ao disposto no art. 166 do CTN, conforme documento acostado as fls. 20.

A Impugnante é tributada pelo regime normal de apuração do ICMS, ou seja, débito e crédito. Assim, a aplicação incorreta das alíquotas de ICMS gerou o recolhimento do imposto maior que o devido ou, no mínimo, redução de seu saldo credor no período, ensejando o pedido de restituição.

O indeferimento foi fundamentado no já citado Parecer Fiscal de fls. 1.192/1.205. Neste parecer resta claro o entendimento não só quanto à condição de não contribuinte das destinatárias, quanto à aplicação indevida da alíquota prevista para operações objeto do pedido de restituição, bem como o atendimento ao disposto no art. 92, § 3º do RICMS/02 e no art. 166 do Código Tributário Nacional.

Contudo, o pedido foi indeferido por não ser possível comprovar a aquisição pela destinatária, das mercadorias relacionadas nas notas fiscais, objeto do requerimento, considerando a impossibilidade de comprovar o registro das notas fiscais em razão da não apresentação dos arquivos eletrônicos pela destinatária, e que a Impugnante, mesmo intimada a comprovar o recebimento das mercadorias pela destinatária com a apresentação do livro de Registro de Entradas ou equivalente estabelecido pela legislação fluminense, conforme intimação 012/2014 (fl. 1.208), não apresentou o respectivo comprovante, limitando-se a informar que a destinatária não é contribuinte do ICMS.

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Repita-se, pela importância, que a Impugnante produz e comercializa mercadorias obtidas pelo processo de moagem e fragmentação de pedra bruta, tais como; brita de vários tamanhos, areia industrial, pedra marroada, etc.

As operações internas de saída destas mercadorias eram tributadas pelo ICMS, à época da ocorrência das operações em relação às quais se requer a restituição, mediante a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.2”, do RICMS/02, a saber:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

.....  
**Efeitos de 1º/01/2012 a 27/03/2012 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 45.792, de 02/12/2011:**

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2012;”

**Efeitos de 1º/01/2011 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.510, de 29/11/2010:**

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2011;”

**Efeitos de 1º/01/2010 a 31/12/2010 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.245, de 15/12/2009:**

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2010;”

**Efeitos de 1º/01/2009 a 31/12/2009 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.965, de 28/11/2008:**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2009;"

**Efeitos de 27/03/2008 a 31/12/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, "a", ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:**

"d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2008;"

**Efeitos de 15/12/2007 a 26/03/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, VI, ambos do Dec. nº 44.676, de 14/12/2007:**

"d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2008;"

**Efeitos de 1º/01/2007 a 14/12/2007 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, IV, "a", ambos do Dec. nº 44.420, de 20/12/2006:**

"d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2007;"

**Efeitos de 14/01/2006 a 31/12/2006 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.206, de 13/01/2006:**

"d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapavistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, ardósia e blocos pré-fabricados, até 31 de dezembro de 2006;"

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da transcrição do texto regulamentar acima é possível verificar que, no período de 14 de janeiro de 2006 a 27 de março de 2012, a alíquota para a mercadoria “brita”, assim considerados todos os subprodutos da moagem da pedra bruta, conforme Consulta de Contribuintes n.º 156/06 apresentada pela Impugnante, era de 7% (sete por cento). Apenas a título informativo, depois deste período, ou seja, a partir de 28 de março de 2012, tais operações passaram a ser isentas do ICMS, nos termos do item 189 da Parte 1 do Anexo I do RICMS.

Como a alíquota interna era de 7% (sete por cento), esta também é a alíquota a ser utilizada para cálculo do imposto nas operações interestaduais com tais produtos quando destinadas a não contribuintes do imposto. Esta regra constitucional consta também do inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” do próprio art. 42 da Parte Geral do RICMS.

Pelo exposto, não restam dúvidas de que a Impugnante ao emitir as notas fiscais nas quais se encontra destacado o imposto objeto do pedido de restituição ora analisado em sede de impugnação, aplicou alíquotas do ICMS maiores que as devidas, levando a débito o imposto incorretamente destacado a maior, resultando na apuração de ICMS a recolher maior que o devido.

Diante disto, cabível a restituição do ICMS destacado a maior sob a forma de aproveitamento de crédito, nos termos do art. 92 de RICMS/02, *in verbis*:

Art.92. A importância indevidamente paga aos cofres do estado, a título de ICMS, será restituída sob a forma de aproveitamento de crédito, para compensação com débito futuro do imposto, mediante requerimento do contribuinte, instruído na forma prevista na legislação tributária administrativa estadual.

A Impugnante juntou ao pedido de restituição declaração da destinatária atestando sua condição de não contribuinte, com a respectiva autorização para que esta requeresse e recebesse as restituições em questão (fl. 87), em cumprimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional que assim determina:

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 e recebê-la.

Importa registrar que a Impugnante concorda com a exclusão das Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060, vez que de fato foram devolvidas pela destinatária, o que passou despercebido quando do levantamento das notas fiscais emitidas com erro na aplicação incorreta da alíquota aplicável (fl. 1.224).

O indeferimento do pedido, como visto linhas atrás, fundamentou-se no fato de que não restou comprovado nos autos que a destinatária descrita nas notas fiscais realmente recebeu a mercadoria constante das notas fiscais nas quais o imposto que ora se quer ver restituído foi destacado.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, é preciso ressaltar que a Impugnante não tem como exigir de seus destinatários o cumprimento de obrigações acessórias fiscais e, o fato destes não atenderem a tais obrigações, ainda mais no caso dos autos que a destinatária não é contribuinte do imposto, não pode inviabilizar a restituição pleiteada.

Para atestar as aquisições das mercadorias pela destinatária Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio – Concer, a Impugnante juntou aos autos documentos que comprovam os pagamentos efetuados pela citada destinatária.

Numa análise por amostragem, do período de março de 2009 a dezembro de 2010, verifica-se que as duplicatas relativas às notas fiscais objeto do requerimento de restituição foram pagas por cobrança bancária simples, tendo os valores destas sido depositados no Banco Bradesco. É o que se comprova das duplicatas, extratos bancários e comprovantes de créditos de fls. 552/621 em confronto com a planilha “*Demonstrativo de Recebimentos das Notas Fiscais emitidas para a empresa Cia. de Concessão Rodoviária JF/RJ*” de fls. 512/518, cujos lançamentos se acham devidamente assentados no Livro Diário da Impugnante.

Portanto, as faturas foram devidamente liquidadas mediante cobrança bancária e os recebimentos encontram-se devidamente registrados no Livro Diário da Impugnante.

Desta maneira, os documentos comprovam o recebimento pela Autuada dos valores correspondentes as notas fiscais emitidas para a destinatária Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio, para o período da amostragem, restando, por conseguinte, comprovado que a destinatária recebeu as mercadorias constantes das referidas notas fiscais.

Assim, os documentos carreados aos autos, sejam depósitos bancários ou comprovantes de recebimentos de cobrança bancária, comprovam o recebimento pela Impugnante, dos valores correspondentes às notas fiscais emitidas para a destinatária.

Não é crível que a destinatária tenha pagado por algo que não recebeu.

Portanto, a comprovação de quitação das obrigações mercantis, provam a circulação da mercadoria e que essa se deu pelo valor lançado nas notas fiscais que, no caso, estavam com valores de ICMS além do devido dada a utilização incorreta da alíquota.

Desta forma, estando a Impugnante autorizada a requerer e receber a restituição na forma do art. 166 do Código Tributário Nacional, devem a ela ser restituídos, sob a forma de créditos, conforme por ela pedido em sua impugnação (fl. 1.228), os valores pagos a maior.

Cabe apenas a ressalva de que, como dito anteriormente, a Impugnante expressamente concordou com a exclusão das Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060 da restituição pleiteada.

Portanto, como no caso de Pedido de Restituição julga-se a impugnação, devem ser as Notas Fiscais n.ºs 038059 e 038060 excluídas da devolução pleiteada.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Batista Côrtes Sálvio Veiga e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Luciana Goulart Ferreira.

**Sala das Sessões, 07 de outubro de 2014.**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão  
Presidente / Relatora**

CC/MG