

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.324/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000494347-01
Impugnação: 40.010134935-74
Impugnante: Pedreira Aliança Ltda
IE: 351581666.00-07
Proc. S. Passivo: Edna Maria de Souza
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição fundado na tributação das operações internas com areia e brita quando já vigorava a isenção para tais operações. Entretanto, por restar evidenciado nos autos o atendimento aos requisitos impostos no art. 166 do Código Tributário Nacional, deve ser restituído o valor de ICMS pago em relação ao produto "brita", em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

A ora Impugnante protocolou pedido de restituição de ICMS (fls. 04/07), alegando, em síntese:

- em 02 de abril de 2012, por força do Decreto n.º 45.946/12, a saída em operação interna de areia e brita, passou a ser isenta do ICMS, sendo agregado o item 189 ao Anexo I do RICMS/MG;

- este benefício fiscal foi prorrogado até 31 de dezembro de 2013 de acordo com Decreto n.º 46.116/12;

- por motivos adversos continuou oferecendo suas vendas à tributação do ICMS a alíquota de 7% (sete por cento), no período de abril a setembro de 2012, vindo a observar isenção do ICMS, somente a partir do outubro de 2012 e, por consequência, recolheu o ICMS a maior sobre as aludidas vendas;

- no mesmo sentido, no período em referência, fez o crédito das aquisições dos insumos e energia elétrica, sem observar a proporcionalidade às vendas tributadas, em inteligência do art. 70, inciso II do RICMS/MG;

- em junho de 2013, no intuito de regularizar a apuração do ICMS devido, efetuou a substituição das DAPIs retificando os créditos e débitos do período, recompondo a sua conta gráfica;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o destinatário das mercadorias, caso tenha efetuado o crédito do ICMS, deverá estornar os valores pela vedação expressa no art. 70, inciso I do RICMS/MG;

- o único seguimento que poderia ter realizado indevidamente o crédito do ICMS, pois estaria vinculada a revenda, são os estabelecimentos relacionados no anexo V, ao arredo da legislação do ICMS e, dentre estes, somente não foi possível ainda à obtenção da declaração do não aproveitamento ao crédito de 05 (cinco) clientes;

- nos termos do § 3º do art. 92 do RICMS c/c art. 166 do Código Tributário Nacional, declara não possuir controle de centro de custos e não fazer a composição do preço de venda baseada em seus custos de produção, (matérias, mão de obra, impostos) e, desta forma, o preço praticado é de acordo com a oscilação do produto no mercado local, o que pode ser evidenciado nas notas fiscais de vendas do período;

- opera exclusivamente com a produção de brita em seus diversos tamanhos, e as vendas tributadas, com destino a outros estados, representa em 3,88% (três inteiros e oitenta e oito décimos por cento) de suas vendas por mês, o que atrasaria em demasia o ressarcimento do valor já dispendido;

- em se tratando de um empreendimento de pequeno porte, e instalado nesta região sofrida do Norte de Minas, é imperiosa a devolução ao seu capital de giro em fomento das vendas com geração de emprego e renda os valores dispendidos pelo pagamento do ICMS a maior nos termos RICMS/MG.

Ao final, requer lhe seja deferida a restituição em depósito na conta corrente.

Da Instrução Processual

A então Requerente foi intimada pela Delegacia Fiscal de Montes Claros, fls. 627/630, a comprovar, no prazo de 10 (dez) dias, não ter repassado a quantia que pretende ver restituída para o preço da mercadoria em questão e apresentar autorização para requerer a restituição em nome de quem suportou de fato o ônus da carga tributária, nos termos do § 3º do art. 92 da Parte Geral do RICMS/02 c/c o art. 166 do Código Tributário Nacional.

À fl. 631 a Requerente solicita prorrogação do prazo para apresentação de documentos e retorna aos autos às fls. 636/638 afirmando já ter anexado notas fiscais de vendas anteriores e posteriores à utilização da isenção evidenciando não ter embutido no preço do produto o ICMS. Diante desse fato considera não haver necessidade de autorização para requerer a restituição, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional. Ao final pede o deferimento da restituição, acrescida da taxa Selic e, caso assim não se entenda, que seja estratificado o PTA concedendo-se a restituição do ICMS relativo a vendas a pessoas jurídicas para que tenha prosseguimento a controvérsia apenas em relação às vendas para pessoas físicas.

Do Indeferimento do Pedido de Restituição

Em despacho de fls. 640/641 o Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal Montes Claros, considerando a competência delegada pela Superintendência Regional da Fazenda SRF I Montes Claros, por meio do item 1.12 da Ordem de Serviço Conjunta das Superintendências Regionais da Fazenda n.º 001/13, indefere o Pedido de Restituição.

Da Impugnação

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, a Contribuinte apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 642/651, em resumo, aos seguintes argumentos:

- narra os acontecimentos que levaram a impugnação a partir da apresentação do pedido de restituição até seu indeferimento;
- não se exige no processo tributário tamanha formalidade na instrumentalidade dos seus atos, sendo admitida, na maioria das vezes, correção de ofício e ou a pedido do contribuinte de eventuais inconsistências/erros que não afetam o fato gerador, o sujeito passivo e a obrigação tributária, no deslinde dos fatos;
- os motivos do indeferimento do pedido de restituição, ficam aqui refutados, pois não foi apreciado de fato e direito os esclarecimentos e comprovações, que dão legitimidade a restituição do indébito tributário;
- não pairam dúvidas quanto ao pagamento a maior do ICMS que, inclusive, foi objeto de análise pelo Fisco;
- são incontroversos os valores do ICMS pagos a menor e amplamente provadas nas notas fiscais e planilhas anexadas ao pedido, e que foram reconhecidos pelo Fisco em sua integralidade;
- também é incontestado que, em havendo o direito as restituições, incidem sobre estes os juros e atualização monetária, como entendimento recente desta Casa no julgamento pela Câmara Especial contido no Acórdão n.º 4.074/13/CE;
- a restituição em espécie coaduna-se com a previsão do art. 92, § 1º do RICMS;
- regra geral, 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;
- cita o art. 166 do Código Tributário Nacional;
- a transferência do encargo não pode ser interpretada somente à luz do ponto de vista jurídico, há de se provar a repercussão econômica do tributo na composição do preço de venda;
- o CC/MG fez recente manifestação a este respeito, no julgamento contido no Acórdão n.º 3.999/13/CE;
- cita doutrina e jurisprudência sobre o tema;
- é certo que não ocorreu à repercussão econômica do ICMS pagos indevidamente, haja vista que foi provado exatamente nos esclarecimentos iniciais e juntada as notas fiscais de vendas;
- em simples verificação das notas fiscais relacionadas, é fácil concluir que o preço praticado, antes da isenção e durante o período, não interferiu na formação de seu preço de venda e, desta forma, passa a ser o mesmo tempo o contribuinte de fato e direito, fazendo jus à restituição.

Ao final, requer que sejam considerados insubsistentes os motivos que ensejaram o indeferimento da restituição do ICMS, tendo em vista, à resposta dentro do prazo regulamentar à intimação 002/2013-AF 2º Nível = Janaúba MG e que seja reconhecido o direito a restituição nos termos requeridos, atualizado pelos juros e correção monetária.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco manifesta-se às fls. 657/659, refutando os argumentos de defesa, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

- não se trata de questão formal ou mesmo de eventuais inconsistências/erros, conforme relatado na impugnação, mas sim, de questão legal, uma vez que não foi atendida a intimação para que o pedido se adequasse aos ditames do § 3º do art. 92 da Parte Geral do RICMS/02 combinado com o art. 166 do Código Tributário Nacional;

- da mesma forma, a Impugnante não trouxe junto à impugnação argumentos ou documentos suficientes para comprovação de ter assumido o encargo financeiro do ICMS incidente nas operações que praticou;

- considerando tratar-se o ICMS de imposto indireto normalmente transferido ao adquirente das mercadorias na composição do preço e, considerando a afirmação da Impugnante de que, neste caso, não transferiu o encargo, seria esperado que houvesse comprovação inequívoca de que o encargo não fora transferido, o que não se verifica nas argumentações e documentos trazidos aos autos.

Ao final, pede a manutenção do indeferimento de fl. 640.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada em 03 de dezembro de 2013, a 3ª Câmara de Julgamento, à unanimidade, exara o despacho interlocutório de fl. 667, para que a Impugnante, no prazo de 10 (dez) dias, apresentasse cópia das notas fiscais emitidas a partir do mês de outubro de 2012 com os produtos areia e brita, por amostragem, demonstrando que não houve oscilação de preço e inclusão de ICMS. Em seguida determinou vista ao Fisco. Ainda em preliminar e à unanimidade, a Câmara converteu o julgamento em diligência para que o Fisco se manifestasse a respeito das autorizações de alguns destinatários/adquirentes carreadas aos autos pela Impugnante.

Regularmente intimada (fl. 669), a Impugnante comparece aos autos, à fl. 670 e apresenta os relatórios das vendas realizadas de fls. 671/673 e cópias das notas fiscais de fls. 674/881.

O Fisco se manifesta às fls. 883/885 afirmando que, quanto à demonstração de não oscilação de preços, a análise comparativa dos documentos, notas fiscais, autuados revela que o preço unitário/ton da BRITA n.º 0 (zero) ou n.º 1 não se alterou, mas, em relação à não inclusão do ICMS observa-se que isso só não ocorreu a partir de 12 de novembro de 2013. Ressalta que não houve apresentação de documentos relativos ao produto areia.

No que tange à diligência determinada registra que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- das 39 (trinta e nove) supostas autorizações apenas 11 (onze) são originais enquanto as demais são cópias não autenticadas;
- nenhuma delas está acompanhada dos documentos e formalidades como procurações, contrato social, firma reconhecida etc., necessários para identificar a competência do subscritor para responder legalmente pela empresa autorizante;
- das 39 (trinta e nove) supostas autorizações apenas duas possuem os anexos, demonstrativos dos valores, rubricados pelos subscritores e, em outras duas, simplesmente não consta autorização alguma;
- dos 39 (trinta e nove) clientes, supostos declarantes, apenas 05 (cinco) anexaram cópia do livro Registro de Entradas (LRE) constando o lançamento do documento fiscal sem crédito do imposto.

Diante de todo o exposto, conclui que com relação ao cumprimento do despacho interlocutório, a Impugnante apresentou os documentos solicitados para demonstrar a não oscilação dos preços (em relação a um dos itens) em determinado período e, no tocante as supostas autorizações carreadas aos autos, não podem ser consideradas como documentos hábeis para permitir decisão favorável ao pleito da Requerente.

Atendida diligência determinada ao Fisco abriu-se vista a Impugnante que novamente manifesta-se às fls. 887/890 refutando os argumentos apresentados pelo Fisco.

O Fisco também retorna aos autos, às fls. 895/897, citando o art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n.º 01/10 e ratificando seus posicionamentos anteriores já que a Impugnante não comprovou o alegado de que não teria transferido os encargos referentes ao ICMS indevidamente destacado em documentos fiscais de sua emissão e, não apresentou autorização da grande maioria de seus clientes (consumidores finais) autorizando-a a requerer em seu nome a restituição de determinado valor de ICMS pago indevidamente ao Estado de Minas Gerais.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal de Montes Claros que, com fundamento no parecer de fls. 639/640, indeferiu o pedido de restituição apresentado pela ora Impugnante em 18 de julho de 2013, via SIARE.

Ao pedido de restituição foram anexados vários documentos e esclarecimentos específicos dos motivos e fundamentação da restituição do ICMS, no montante de R\$ 134.930,20 (cento e trinta e quatro mil, novecentos e trinta reais e vinte centavos), referente ao recolhimento do ICMS nas vendas de brita e areia, no período de abril a setembro de 2012, que, por equívoco, a Impugnante não observou o benefício fiscal da isenção nos termos do item 189 do Anexo I do RICMS, introduzido pelo Decreto n.º 46.116/12.

Na oportunidade, a Impugnante anexou as DAPIs, retificadas em junho de 2013, do período em referência, com a exclusão dos débitos das vendas isentas e dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

créditos do ICMS a maior sob o consumo de energia elétrica, diante da proporcionalidade nos termos do art. 70, inciso II do RICMS, recompondo, desta forma, sua conta gráfica e, ao fim, demonstrando os pagamentos efetuados a maior.

Para fins de instrução e análise do pedido, a Impugnante apresentou todas as vendas do período, por destinatário, identificando o perfil dos clientes – pessoas físicas e pessoas jurídicas, em suas diversas formas de tributação.

Cumprido destacar que, segundo estes documentos, a maioria dos clientes da Impugnante, não é revendedor ou industrial que poderiam ter se creditado do ICMS destacado nos documentos fiscais.

Para comprovar a legitimidade em receber a restituição, a Impugnante declarou não ter ocorrido a transferência do encargo financeiro do ICMS aos seus clientes e, por não possuir controle de centro de custos, apresentou as notas fiscais de vendas no intuito de demonstrar que não houve oscilação de preços, antes e depois da adoção do benefício da isenção.

Não há dúvidas em relação à ocorrência do pagamento indevido, tendo em vista a clara disposição do item 189 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/MG aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02, a saber:

PARTE 1

DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO

(a que se refere o artigo 6º deste Regulamento)

Item 189

Saída, em operação interna, de areia e brita.

Ademais, o próprio Fisco afirma, em seu parecer pelo indeferimento do pedido, que (fl. 639):

Da análise do processo ficou evidenciado que houve, em princípio, recolhimento a maior, considerando que houve saídas tributadas de produtos (areia e brita), beneficiados pela isenção do ICMS conforme item 89 do Anexo I do RICMS/2002 (Decreto 43.080/2002).

Continua o Fisco, no mesmo parecer afirmando que:

No entanto, todos os impostos destacados nas notas fiscais foram repassados aos adquirentes das mercadorias, como é normal na sistemática do ICMS, já que o imposto integra o preço do produto vendido. Por consequência, quem suportou o encargo relativo ao imposto cobrado foram os adquirentes do produto e não o contribuinte requerente.

Como pode ser visto, no ponto em que está, a presente contenda se limita à aplicação do disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional e do art. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 - RPTA, bem como no cumprimento das normas neles contidas.

A possibilidade de restituição do indébito tributário é tratada nos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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;

.....

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.

Em relação ao art. 165 do Código Tributário Nacional a Doutora Misabel Abreu Machado Derzi, ao atualizar recentemente a consagrada obra de Aliomar Baleeiro – Direito Tributário Brasileiro (12ª edição – Editora Forense), assim se expressa:

Não obstante, o direito à restituição, tendo havido pagamento voluntário de dívida inexistente, consagrado em norma de Direito Civil codificada, acarreta o ônus ao *solvens* de provar o erro, o que já causou profunda polêmica no Direito Tributário, a saber: “*àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*” (art. 877). Alerta ALIOMAR BALEEIRO para o fato de que a norma civil (destinada a proteger a autonomia da vontade, manifesta nas doações e contratos em geral) é inaplicável ao Direito Tributário, em que a compulsoriedade com a instituição *ex lege* do tributo é característica essencial das obrigações.

A matéria, no âmbito da legislação estadual, é tratada pelos seguintes dispositivos do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo o interessado:

I - instruirá o requerimento com:

a) cópia do comprovante de recolhimento indevido, se for o caso;

b) documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir;

II - deverá estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado, salvo na hipótese de restituição na forma do inciso I do art. 35.

.....
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.

Ao estabelecer que o sujeito passivo da obrigação tributária, aquele a quem se atribui o dever de recolher o tributo, pode cobrar o valor respectivo do adquirente o legislador está criando a repercussão jurídica que, no plano jurídico, sempre se efetivará. Entretanto, a repercussão econômica é presumida em face da repercussão jurídica.

Daí por que o art. 166 do Código Tributário Nacional e a legislação estadual que o acompanha dizem que a restituição, em se tratando de tributo que, por sua natureza, comporte a repercussão jurídica, *“somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”*.

Portanto, em face da regra jurídica que autoriza a repercussão, presume-se que esta de fato aconteça, vale dizer, presume-se que efetivamente ocorra a repercussão econômica. Contudo, como toda e qualquer presunção é possível demonstração em contrário.

Assim, cabe ao contribuinte que requer a restituição de um tributo, ainda que demonstrado claramente que seu recolhimento se deu a maior, como no caso em tela, afastar a presunção de repercussão econômica, mediante prova em sentido contrário.

No caso em análise, são incontroversos os valores do ICMS pagos a maior, uma vez que vigorava a isenção para as operações e a Impugnante regularmente as levou a tributação.

Cabe, portanto, verificar se a Impugnante alcançou demonstrar a não repercussão econômica do imposto que pretende ver restituído, ou seja, que suportou o ônus do ICMS por ela destacado indevidamente nas notas fiscais, ou que, na hipótese de ter repassado o ônus está autorizada por quem o suportou para pedir a restituição.

A 3ª Câmara de Julgamento, preocupada com a questão, concedeu nova oportunidade à Impugnante para proceder tais demonstrações (fl. 667).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regularmente intimada (fl. 669), a Impugnante comparece aos autos, à fl. 670 e apresenta os relatórios das vendas realizadas de fls. 671/673 e cópias das notas fiscais de fls. 674/881.

Quanto à demonstração de não oscilação de preços, a análise comparativa dos documentos, notas fiscais, autuados às fls. 73/121 emitidos respectivamente no período de 1º de março a 28 de setembro de 2012, período em que a Impugnante ainda não aplicava a isenção em suas operações, com os de fls. 674/881, emitidos entre 02 de outubro de 2012 e 11 de dezembro de 2013, revela que o preço unitário/tonelada da mercadoria brita n.º 0 (zero) ou n.º 1, não se alterou durante todo o período compreendido entre 1º de março de 2012 e 11 de dezembro de 2013, ou seja, manteve-se em R\$ 32,85 (trinta e dois reais e oitenta e cinco centavos) por tonelada.

Cumpra observar que a Impugnante apenas passou a observar a isenção para operações, conforme notas fiscais por ela mesmas apresentadas, a partir de 12 de novembro de 2013, pois as notas fiscais juntadas aos autos às fls. 674/697, emitidas nos meses de outubro e novembro de 2012, apresentam destaque do imposto.

Importa ainda destacar que não houve apresentação de documentos relativos ao produto areia, apenas foram apresentados documentos em relação ao produto brita.

Assim, a Câmara apenas pode analisar a questão da repercussão econômica do tributo em relação ao produto brita.

Procedendo a esta análise, verifica-se que não alteração do preço da mercadoria. Este fato conduz à conclusão de que o imposto não estava embutido no preço da mercadoria em relação às notas fiscais que o contribuinte requer a restituição.

Desta forma, provada a não repercussão do tributo em relação ao produto brita, demonstrado está que a Impugnante suportou o ônus do tributo que pretende ver restituído, estando legitimada a requerê-lo. Portanto, deve ser restituído os valores indevidamente recolhidos a título de ICMS nas operações objeto do pedido com a mercadoria brita.

Repita-se, pela importância, não ter havido a mesma demonstração para o produto areia. Sobre este ponto, cumpre registrar, que a Impugnante alega não existir comercialização e/ou extração deste produto.

Assim, cabe também analisar as autorizações apresentadas pela Impugnante no intuito de pleitear para si, junto ao Estado de Minas Gerais, a devolução do indébito tributário decorrente de destaques indevidos em documentos fiscais de sua emissão.

Para tanto, dentre centenas de clientes, a Impugnante apresenta 39 (trinta e nove) autorizações (fls. 135/292).

Porém, tais autorizações não podem ser aceitas pelos motivos a seguir expostos.

Das 39 (trinta e nove) autorizações apenas 11 (onze) são originais enquanto as demais são cópias não autenticadas. Sustenta a Impugnante que todas foram entregues em original na repartição fazendária, mas não há provas dessa afirmação nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nenhuma das autorizações apresentadas está acompanhada de documentos que demonstrem que as pessoas que as assinaram tinham competência para fazê-lo, tais como procurações ou contrato social.

Das 39 (trinta e nove) autorizações apenas 02 (duas) possuem os anexos, demonstrativos dos valores, rubricados pelos subscritores, quais sejam, as de fls. 142 e 222.

Ademais, dois dos documentos apresentados, de fls. 207 e 210, não contém autorização. Estes documentos são, em verdade, declarações de não aproveitamento do crédito nas aquisições dos produtos da Impugnante constantes das notas fiscais neles citadas.

Apenas 05 (cinco) dos 39 (trinta e nove) clientes anexaram cópia do livro Registro de Entradas (LRE) constando o lançamento do documento fiscal sem crédito do imposto, são eles os clientes identificados às fls. 184, 222, 269, 277 e 281.

Nesse diapasão, as autorizações carreadas aos autos, da forma como apresentadas, não podem ser consideradas como documentos hábeis para permitir a restituição à Impugnante.

Por fim, deve ser destacado que, em havendo direito a restituição, sobre os valores pagos indevidamente devem incidir os juros e atualização monetária.

Este entendimento consta da decisão citada pela Impugnante consubstanciada no Acórdão n.º 4.074/13/CE, que se encontra assim ementado:

RESTITUIÇÃO - ICMS - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO VALOR RESTITUÍDO - TAXA SELIC - INCIDÊNCIA. A RECORRENTE PLEITEIA A ATUALIZAÇÃO, PELA TAXA SELIC, DO VALOR DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO, CUJO RESSARCIMENTO FOI AUTORIZADO PELA FISCALIZAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE.

Desta decisão extrai-se, ainda, o seguinte trecho:

NESSE DIAPASÃO, IMPORTANTE CITAR OS ENSINAMENTOS DO PROF. KIYOSHI HARADA, TRAZIDOS PELA RECORRENTE, NOS SEGUINTE TERMOS:

A REPETIÇÃO DE INDÉBITO FUNDA-SE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. O QUE FOI PAGO A MAIS DEVE SER REPETIDO COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, O QUE FOI PAGO AQUÉM DO LIMITE LEGAL DEVE SER COMPLEMENTADO COM JUROS E CORREÇÃO E, SE FOR O CASO, COM IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE.

O ART. 167 DO CTN DISPÕE SOBRE A PROPORCIONALIDADE NA RESTITUIÇÃO, COMO SEGUE:

.....
COMO SE VÊ, O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN PREVÊ A INCIDÊNCIA DOS JUROS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO, MAS NÃO TRATA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PAGOS INDEVIDAMENTE, QUANDO DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS E MULTAS.

CONTUDO, PREVÊ A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO TRIBUTO DEVIDO PELO CONTRIBUINTE, CONFORME ART. 97, § 2º (COMO EXCEÇÃO DO POSTULADO DA RESERVA LEGAL).

POR OUTRO LADO, A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FIRMOU ENTENDIMENTO DE QUE OS TRIBUTOS E MULTAS DEVEM SER RESTITUÍDOS COM CORREÇÃO MONETÁRIA, CUJO TERMO INICIAL É A DATA DO PAGAMENTO INDEVIDO: STF RE 89.7666-6-SP; STJ SÚMULA 162.

O MINISTRO LEITÃO DE ABREU DEIXOU CONSIGNADO NO RE 88.516-1-SP (2ª TURMA):

COM APOIO NOS PRECEDENTES CITADOS, CONHEÇO DO RECURSO E LHE DOU PROVIMENTO PARA DETERMINAR, PRIMEIRO, QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO, SEGUNDO, QUE OS JUROS DE MORA SEJAM CALCULADOS À TAXA DE UM POR CENTO AO MÊS.

ADEMAIS, OS PROCEDIMENTOS PARA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS, SEJAM DIRETOS OU INDIRETOS, DE COMPETÊNCIA DE QUAISQUER DOS ENTES TRIBUTANTES, RECOMENDA-SE QUE SEJAM HARMÔNICOS.

NESSE SENTIDO, O MINISTRO FUX DO STJ DEIXOU CONSIGNADO NO AGRG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 766.948 - RS (2006/0082258-5) QUE:

O ACÓRDÃO RECORRIDO, ASSIM COMO OS PARADIGMAS, CUIDA DE ATUALIZAÇÃO E ÍNDICES APLICÁVEIS EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. E MESMO QUE NÃO SE DISCUTA SOBRE O MESMO TRIBUTOS, TAL CIRCUNSTÂNCIA É IRRELEVANTE IN CASU, POIS O PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NÃO FAZ ESSA DISTINÇÃO, COMO SE EXTRAÍ DAS MESMAS EMENTAS QUE TRATAM DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE VARIADOS TRIBUTOS, COM UMA ORIENTAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA UNIFORME.

NO ESTADO DE MINAS GERAIS, A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE TRIBUTOS ESTÁ PREVISTA NO ART. 226 DA LEI Nº 6.763/75, NOS SEGUINTE TERMOS:

.....
DESSE MODO, A LEI ESTADUAL PERMITE A CORREÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS PELOS MESMOS CRITÉRIOS APLICÁVEIS AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS. PORTANTO, INCIDE A TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTÓDIA – SELIC NA CORREÇÃO DOS REFERIDOS DÉBITOS.

RESSALTE-SE QUE, EMBORA O CTN NÃO PREVEJA EXPRESSAMENTE, É ENTENDIMENTO PACÍFICO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF ACIMA CITADO E STJ) DE QUE CABE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ATUALIZAÇÃO NA RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS PAGOS INDEVIDAMENTE.

ORA, SE O ESTADO PERMITE A CORREÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS PELOS MESMOS CRITÉRIOS APLICÁVEIS AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS, A CONSEQUÊNCIA LÓGICA É QUE PARA A RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS ESTADUAIS SEJA ADOTADO O MESMO CRITÉRIO. POR ISSO, DEVE SER APLICADA A TAXA SELIC NA RESTITUIÇÃO, QUE INCLUI, A UM SÓ TEMPO, A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para restituir os valores de ICMS pagos em relação ao produto "brita", em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários. Vencidos, em parte, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior, que julgavam improcedente a impugnação. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 18 de março de 2014.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.324/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000494347-01
Impugnação: 40.010134935-74
Impugnante: Pedreira Aliança Ltda
IE: 351581666.00-07
Proc. S. Passivo: Edna Maria de Souza
Origem: DF/Montes Claros

Voto proferido pelo Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Na decisão proferida, acordou a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para restituir os valores de ICMS pagos em relação ao produto "brita", em face da comprovação de que não houve oscilação de preços no período e, conseqüentemente, repasse do imposto aos destinatários.

Contudo, há fundamentos fáticos e jurídicos para que se julgue a impugnação improcedente, como se passa a demonstrar a seguir.

Primeiramente, cabe mencionar que a Impugnante requereu a restituição de valor pago a título de ICMS, onde alega ter efetuado pagamento a maior, no período de abril a setembro de 2012, por emitir notas fiscais de saída para seus clientes, destacando o valor do imposto, mesmo quando passou a vigorar a isenção para as saídas, em operações internas, de areia e brita, conforme previsto no art. 2º do Decreto 45.946/2012, abaixo transcrito:

Art. 2º Os Anexos abaixo relacionados do RICMS passam a vigorar com as seguintes alterações:

I - na Parte 1 do Anexo I:

ITEM	HIPÓTESES/CONDIÇÕES	EFICÁCIA ATÉ
189	Saída, em operação interna, de areia e brita.	31/12/2012

Desta forma, é possível considerar que, até a entrada em vigor do dispositivo do Decreto nº 45.946 que concede a isenção na saída de brita e areia, a Contribuinte destacava o imposto nas notas fiscais e transferia o encargo financeiro aos clientes.

Concedida a isenção, o ICMS que vinha fazendo parte do valor cobrado, segundo o art. 49 do RICMS, deveria deixar de integrar sua base de cálculo. Veja-se a previsão de inclusão do imposto:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 49. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Sendo assim, o valor total exigido do cliente, a partir da entrada em vigor da isenção, deveria ter subtraído, de seu montante, o valor do imposto anteriormente cobrado. Caso não houvesse esta redução, restaria comprovado que o encargo continuou sendo suportado pelo cliente.

Ocorre que, em 03/12/13, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG exarou despacho interlocutório (fls. 667), demandando a Impugnante a apresentar “notas fiscais emitidas a partir de 10/12 com os produtos areia e brita, por amostragem, demonstrando que não houve oscilação de preço e inclusão de ICMS”.

Foi grifada a expressão “a partir de 10/12” para demonstrar que a decisão não se referia às notas fiscais emitidas antes da entrada em vigor da isenção, que deveriam, estas sim, ser comparadas com as notas fiscais objeto do pedido de restituição.

Por isso, a solicitação da 3ª Câmara, bem como seu atendimento pela Autuada, não nos permitem saber se houve interrupção da transferência de encargo financeiro aos clientes ou não. E neste caso, tomar conhecimento de que o valor da tonelada de brita, cobrado nas notas fiscais no período de abril a setembro de 2012, permanece o mesmo após este período não esclarece se a transferência de encargo continuou ocorrendo ou não. Mais efetivo seria saber qual o valor da tonelada da brita praticado pela Impugnante antes da entrada em vigor do Decreto nº 45.946/12.

Mas há outra prova nos autos, fornecida pela própria Impugnante, que afasta dúvidas sobre o que ocorreu. É o fato de que ela apresentou 39 (trinta e nove) declarações de alguns de seus clientes, com a finalidade de autorizá-lo a pleitear em seu nome (da Impugnante) a restituição do imposto cobrado dos clientes.

Ora, a Autuada tinha dois caminhos e escolheu um deles: ou provava que não tinha transferido o ônus, ou apresentava a autorização dos clientes que o suportaram.

Essas opções estão expressas no art. 166 do CTN. Veja-se:

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.

Neste mesmo sentido dispõe o § 3º do art. 92 da Parte Geral do RICMS/02:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º A restituição do imposto somente será feita a quem provar haver assumido o respectivo encargo financeiro ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Como optou por apresentar as declarações dos clientes (fls. 135 a 292), independentemente de que sejam válidas ou não, resta afastada, inexoravelmente, a possibilidade de não ter transferido o ônus financeiro aos clientes. Seria um paradoxo pensar em contrário.

Ocorre que, após detida análise, em nenhuma das declarações apresentadas encontram-se os requisitos mínimos para que sejam aceitas como autorizações válidas, que permitam à Impugnante pleitear a restituição:

1 - das 39 (trinta e nove) declarações apenas 11 (onze) são originais, enquanto as demais são cópias não autenticadas;

2 - nenhuma delas está acompanhada dos documentos e formalidades como procurações, contrato social, firma reconhecida, necessários para identificar a competência do subscritor para responder legalmente pela empresa autorizante;

3 - apenas duas possuem os anexos, demonstrativos dos valores, rubricados pelos subscritores, ou seja, a de fls. 142 e a de fls. 222;

4 - em duas delas (as de fls. nº 207 e 210) simplesmente não consta autorização alguma;

5 - dos 39 (trinta e nove) clientes, apenas 05 (cinco) anexaram cópia do livro Registro de Entradas (LRE) constando o lançamento do documento fiscal sem crédito do imposto, a saber: clientes identificados nas fls. 184, 222, 269, 277 e 281.

Sendo assim, não se mostra possível acatar estes documentos, ou cópias de documentos, como legítimas autorizações de restituição.

Por isto, julgo improcedente a impugnação.

Sala das Sessões, 18 de março de 2014.

**Alexandre Périssé de Abreu
Conselheiro**