

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.942/18/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001383004-92
Impugnação: 40.010145994-14
Impugnante: Inova Máquinas Ltda
CNPJ: 14.892124/0001-33
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - OPERAÇÃO TRIBUTADA - TRANSFERÊNCIA. Pedido de restituição de ICMS destacado em documentos fiscais e recolhido em operações de transferência de mercadorias para estabelecimento de mesma titularidade. Não acolhidas as razões de defesa com fulcro no art. 62 do RICMS/02, uma vez constatado que tais operações foram simuladas. Impugnação improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 04, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente aos exercícios de 2014, 2015 e 2016, ao argumento de que o imposto destacado e pago nas operações de transferência com sua filial sediada no estado do Espírito Santo teria sido feito indevidamente, já que essas operações foram consideradas internas e recolhida a integralidade do tributo devido através do Termo de Auto Denúncia de nº 05.000280886.80.

O Delegado Fiscal da DF/Contagem, com base no Parecer da Fiscalização de fls. 126/129 indefere o pedido de restituição do ICMS.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 138/146, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 273/277.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente aos exercícios de 2014, 2015 e 2016, originada de tributo pago por emissão de notas fiscais de transferências de mercadorias da matriz para filial sediada no estado do Espírito Santo, cujas operações foram reconhecidas como inexistentes pelo Sujeito Passivo (objeto do Termo de Autodenúncia nº 05.000280886.80).

A Impugnante entende que com a apresentação de denúncia espontânea, reconhecendo a inexistência das operações de transferência e quitando o imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido nas operações internas, teria direito à devolução dos valores de ICMS pagos por uma operação que não se realizou (transferência para a filial).

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 do disposto no art. 165 do CTN:

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.

No caso dos autos, a restituição que se pleiteia é relativa a ICMS pago em notas de transferência para filial da INOVA no Espírito Santo, sob o argumento que tais operações foram desconsideradas pela Fiscalização, tendo sido inclusive lavrado Auto de Infração de nº 01.000770133-69, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIOS – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. RESTOU COMPROVADO QUE OS COOBRIGADOS SÃO RESPONSÁVEIS PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO, NOS TERMOS ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 135, INCISO III DO CTN. LEGÍTIMA, PORTANTO, A SUA MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL. CONSTATADO QUE A AUTUADA PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL, POR PROMOVER VENDAS A CONSUMIDORES FINAIS MINEIROS, FATURANDO OS PRODUTOS ATRAVÉS DO ESTABELECIMENTO DE MESMA TITULARIDADE LOCALIZADO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, APROVEITANDO-SE DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE

DE CÁLCULO PROPORCIONADO POR AQUELE ESTADO. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. ENTRETANTO, DEVE-SE ADEQUAR A MULTA ISOLADA, NOS TERMOS DA NOVA REDAÇÃO DO § 2º DO ART. 55 DA MESMA LEI. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Nos fundamentos do referido acórdão restou consignado:

A IMPUGNANTE ALEGA, TAMBÉM, QUE O TRABALHO FISCAL FOI EQUIVOCADO AO SE BASEAR EM SAÍDA DE MERCADORIA SEM A EMISSÃO DE NOTA FISCAL, POIS AS OPERAÇÕES FORAM REGULARMENTE ACOBERTADAS POR DOCUMENTO FISCAL, SEM QUALQUER TIPO DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO, INCLUSIVE SENDO O ICMS REGULARMENTE RECOLHIDO AO ESTADO DE MINAS GERAIS (NAS TRANSFERÊNCIAS PARA O ES) E SEQUER FOI OBJETO DE COMPENSAÇÃO NA AUTUAÇÃO. DISCORRE SOBRE OS CONCEITOS DE FRAUDE, SIMULAÇÃO, ELISÃO E EVASÃO FISCAL, CITANDO DOUTRINAS E ARGUMENTA QUE POR SE TRATAR DE MERCADORIA PERFEITAMENTE IDENTIFICÁVEL, A FISCALIZAÇÃO NÃO PODE ABSTER-SE DE COMPENSAR O ICMS QUE FOI RECOLHIDO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS E DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO.

OS ARGUMENTOS APRESENTADOS DE LEGALIDADE E REGULARIDADE NAS EMISSÕES DAS NOTAS FISCAIS DE REMESSA PARA O ESPÍRITO SANTO NÃO SE SUSTENTAM EM RAZÃO DA SIMULAÇÃO DAS OPERAÇÕES, QUANDO A AUTUADA APROVEITOU-SE DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PROPORCIONADO PELO ES, CONFORME JÁ DEMONSTRADO.

O MERO COTEJO DAS INFORMAÇÕES CARREADAS AOS AUTOS COM A DOCUMENTAÇÃO FISCAL ORIGINALMENTE EMITIDA, DEMONSTRA A DISCREPÂNCIA ENTRE A REALIDADE E AS OPERAÇÕES QUE A IMPUGNANTE E A FILIAL ESTABELECIDAS NO ES REPRATARAM PERANTE O FISCO NOS DOCUMENTOS FISCAIS EM QUESTÃO, FICANDO CLARA A INTENÇÃO DE SIMULAR UMA OPERAÇÃO LEGAL, QUE NA VERDADE NUNCA OCORREU (A TRANSFERÊNCIA DAS MERCADORIAS PARA A EMPRESA ESTABELECIDAS NO ES).

LOGO, RESTA DEMONSTRADA A DISCREPÂNCIA ENTRE A REALIDADE E A SITUAÇÃO APRESENTADA AO FISCO NO ÂMBITO DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS COM O FITO DE DOCUMENTAR UMA OPERAÇÃO INTERESTADUAL INEXISTENTE.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 69, do RICMS/02, tratando-se de uma simulação, em face da inexistência da operação e da inidoneidade dos documentos fiscais emitidos, não há como se deferir a restituição pleiteada, *in verbis*:

RICMS/02

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

Ademais, nas hipóteses em que a restituição se refira aos chamados tributos indiretos, como no presente caso, por força do art. 166 do Código Tributário Nacional, 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 este expressamente autorizado a receber a restituição. Neste sentido, confira-se a redação do referido dispositivo:

CTN

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.

No presente caso, é certo que o valor pago pela matriz a título de ICMS nessas operações foi transferido para a sua filial sediada no estado do Espírito Santo, que o utilizou como crédito em suas apurações.

Concomitante e/ou posteriormente, a filial emitiu notas fiscais de venda dessas mesmas mercadorias (que serviram de base para as transferências) para consumidores mineiros, quem efetivamente arcou com o ônus tributário relativo às transferências para o estado do Espírito Santo.

Sendo assim, também de acordo com o art. 92, § 3º do RICMS/02 c/c art. 166 do CTN, a requerente não tem direito à restituição pleiteada, *in verbis*:

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.

(...)

§ 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.

Ressalte-se, que caso deferida a restituição, estar-se-ia devolvendo à requerente o valor do crédito que ela transferiu e aproveitou em sua filial.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente a impugnação. Vencido o Conselheiro Carlos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alberto Moreira Alves, que a julgava procedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 17 de outubro de 2018.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

André Barros de Moura
Relator

GR/D

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.942/18/2 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.001383004-92	
Impugnação:	40.010145994-14	
Impugnante:	Inova Máquinas Ltda	
	CNPJ: 14.892124/0001-33	
Proc. S. Passivo:	Rogério Andrade Miranda/Outro(s)	
Origem:	DF/Contagem	

Voto proferido pelo Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves, 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.

Conforme já relatado, tratam os autos de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente aos exercícios de 2014, 2015 e 2016, originada de tributo pago por emissão de notas fiscais de transferências de mercadorias da matriz INOVA sediada em Minas Gerais para a filial do Espírito Santo, cujas operações foram reconhecidas como inexistentes pelo Sujeito Passivo (objeto do Termo de Autodenúncia nº 05.000280886.80).

No caso dos autos, a restituição pleiteada tem como alvo o ICMS pago em notas de transferência para filial da INOVA no Espírito Santo, sob o argumento que tais operações foram desconsideradas pela Fiscalização, tendo sido inclusive lavrado Auto de Infração, de n.º 01.000770133-69, onde foi exigido o tributo incidente sobre as mesmas operações.

O argumento central para o indeferimento da restituição pleiteada é o de que o valor pago a título de ICMS teria sido transferido para sua filial no Espírito Santo, a qual o utilizou como crédito em suas apurações.

Nos causa espécie tal sorte de argumentação, uma vez que se encontra fora da esfera de atuação do estado de Minas Gerais. Ora, a despeito de qualquer utilização do valor mencionado como crédito em outra unidade da Federação (fato este admitido somente para o exercício da argumentação, uma vez que simplesmente especulado pela Fiscalização), dúvida não restaria de que o estado de Minas Gerais não faria *jus* a referido montante.

Ao argumento de que o contribuinte teria se creditado de tais valores de forma indevida perante o estado do Espírito Santo, a Fiscalização pretende se assenhorar de tal importância.

Como dito, tal debate extrapola a possibilidade de apreciação e todos os limites de razoabilidade.

Sob a lógica defendida pelo Fisco, o prejudicado com a situação em tela, teria sido o estado do Espírito Santo, e segundo a conclusão equivocada aplicada à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

situação, isto justificaria o apropriamento de referida importância pelo estado de Minas Gerais.

Argumento completamente desarrazoado a nosso ver.

Noutro giro, argumenta a Fiscalização pela impossibilidade de vinculação direta dos valores recolhidos às mercadorias e operações objeto do pedido da Impugnante.

Nesta seara, também, melhor sorte não socorre ao Fisco.

É fato, inclusive reconhecido nos autos do PTA nº 01.000770133-69, que o valor autuado e o recolhido anteriormente se reportavam às mesmas operações.

Por fim, quanto à aplicação das disposições do art. 166 do Código Tributário Nacional, com a devida *vênia*, entendo por sua absoluta inaplicabilidade ao caso vertente.

Estando evidenciado que houve duplicidade de recolhimento sobre as mesmas operações, o recolhimento originário efetuado de forma equivocada (mas de fato levado aos cofres públicos) e o posterior oriundo do Auto de Infração nº 01.000770133-69, não há que se falar em repasse do tributo de forma dúplice ao consumidor final.

Dessa forma, julgo procedente a Impugnação.

Sala das Sessões, 17 de outubro de 2018.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Conselheiro**