

Acórdão: 24.297/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001547741-93
Impugnação: 40.010151630-24
Impugnante: Empreser Empresa de Prestação de Serviços Ltda
CNPJ: 19.268374/0001-10
Proc. S. Passivo: Alysson Elias Macedo
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição de ICMS sob o fundamento de recolhimento indevido do imposto nas saídas de mercadorias (concreto asfáltico), amparadas pela isenção, para utilização em obras de órgãos públicos da administração direta ou indireta. Reconhecido parcialmente o direito à restituição do ICMS referente às Notas Fiscais n°s 001543, 001702 e 001874, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN, art. 92, § 3º do RICMS/02 c/c art. 30 do RPTA.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 02/03, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente aos anos de 2016 a 2019, ao argumento de recolhimento indevido do imposto em saídas de mercadorias, amparadas por isenção, (venda de concreto asfáltico), utilizadas em obras de órgãos públicos da administração direta ou indireta.

A Fiscalização, em Parecer de fls. 90/92, propõe o indeferimento do pedido, sob o fundamento de que a Requerente não apresentou a autorização dos adquirentes ou comprovação de que assumiu o ônus econômico do imposto, nos termos do art. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n° 44.747/08.

A Repartição Fazendária, em despacho de fls. 93, indefere o pedido,

Da Impugnação.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 101/108, com os argumentos infraelencados, em síntese:

- entende que na condição de sujeito passivo de direito do ICMS é quem sofreu o encargo econômico-financeiro nas operações em análise, sendo, portanto, a parte legítima a requerer restituição;

- acrescenta que o Superior Tribunal de Justiça - STJ possui tese consolidada no sentido de que é o contribuinte de direito quem possui legitimidade ativa para pleitear a restituição de indébito;

- reitera que assumiu o encargo econômico-financeiro, uma vez que as prefeituras e concessionárias que adquiriram a massa asfáltica: *“nunca serão sujeito de direito na translação do encargo econômico-financeiro do ICMS, sendo desnecessário apresentar, diante da natureza jurídica dos entes públicos a estes equiparados, qualquer autorização.”*

Diante destes argumentos, requer que seja considerada comprovada a sua condição de responsável pelos encargos econômico-financeiros do ICMS que recolheu em decorrência dos negócios jurídicos de venda de concreto asfáltico a prefeituras e concessionárias, as quais por sua essência, nunca se configurarão em sujeito de direito na translação do encargo econômico-financeiro do ICMS.

Pede o deferimento da restituição dos valores apurados em seu requerimento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 110/113, com os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

- aponta que é incontroversa a existência de recolhimento indevido de ICMS, uma vez que a operação praticada pela Impugnante é isenta;

- esclarece que em caso de recolhimento indevido, abre-se para o sujeito passivo a possibilidade de requerer sua restituição, como prevê o art. 165 do Código Tributário Nacional – CTN;

- acrescenta que no caso dos tributos cuja natureza comporte transferência do encargo financeiro, a restituição se sujeita aos requisitos previstos no art. 166 do CTN, reproduzido no art. 30 do RPTA;

- aponta que o caso em análise trata-se do imposto (ICMS) cuja repercussão ou translação é constitucionalmente presumida;

- assevera que a Impugnante não comprovou que não transferiu o encargo para o consumidor final, tampouco apresentou autorização deste para requerer a restituição.

Pede a manutenção do indeferimento do pedido de restituição.

Da Instrução Processual

Em sessão realizada em 16/06/21, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, nos termos do art. 30 do RPTA, traga aos autos provas de que está autorizada pelos destinatários das mercadorias a pleitear a restituição ou de que suportou integralmente o ônus econômico do tributo. O prazo estabelecido para o cumprimento da presente deliberação, superior aos 10 (dez) dias previstos no art. 157 do RPTA, justifica-se pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

complexidade na obtenção das informações e/ou documentos solicitados. Em seguida, vista à Fiscalização (fls. 120).

Aberta vista, em 18/08/21, a Impugnante pleiteia prorrogação de prazo, por mais 30 (trinta) dias, sob o argumento de não ter recebido até aquele momento os documentos requisitados de seus clientes (fls. 124).

Em 19/08/21, deferida a prorrogação do prazo, diante da razoabilidade do pedido e da relevância dos documentos solicitados para o deslinde da questão (fls. 126).

Em 20/09/21, a Impugnante pleiteia nova prorrogação de prazo, por mais 30 (trinta) dias e anexa cópias das comunicações encaminhadas aos seus clientes, todos Prefeituras e Concessionárias (fls. 130/161).

Em 07/10/21, o pedido de prorrogação foi deferido pela Administração Fazendária de Bom Despacho (fls. 163).

Em 20/10/21, a Impugnante protocolou novo pedido de prorrogação informando que ainda não havia recebido todas as respostas e anexou avisos de recebimento dos ofícios enviados, resposta ao ofício com pedidos de esclarecimento por parte da Prefeitura de Moema e autorização da Copasa para pleitear a restituição. (fls. 165/176).

Em 21 de outubro de 2021, o pedido foi indeferido pela Administração Fazendária de Bom Despacho (fls. 177).

Em sessão realizada em 08/02/22, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, nos termos do art. 30 do RPTA, traga aos autos provas de que está autorizada pelos destinatários das mercadorias a pleitear a restituição ou de que suportou integralmente o ônus econômico do tributo. A concessão de novo prazo justifica-se uma vez que a Impugnante demonstrou ter feito o que estava ao seu alcance para obter as referidas certidões e considerando, ainda, que seus clientes são Prefeituras e Concessionárias, entidades que estão sujeitas a procedimentos específicos para apreciação deste tipo de pedido, o que implica em alguma morosidade. O prazo estabelecido para o cumprimento da presente deliberação, superior aos 10 (dez) dias previstos no art. 157 do RPTA, justifica-se pela complexidade na obtenção das informações e/ou documentos solicitados. Em seguida, vista à Fiscalização (fls. 182).

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 186/187 e fls. 193. Colaciona aos autos a autorização da empresa AB Nascentes nos seguintes termos (fls. 194):

(...)

3. Caso o tributo em questão seja devido a sistemática de débito/crédito, eventualmente aplicável a EMPRESER, não há qualquer relação com a situação tributária da AB Nascentes, de tal modo que se a EMPRESER tem direito a crédito de tributo devido,

trata-se de uma situação integralmente sob gestão e controle da própria EMPRESER. No entanto, se o tributo economicamente suportado pela AB Nascentes, pelas notas que a AB Nascentes pagou, é indevido, necessária a devolução de tal recurso financeiro para AB Nascentes.

(...)

5. [sic] Assim, na medida em que a EMPRESER afirma que o imposto é indevido, solicitamos a imediata devolução do valor de R\$ 176.676,69.

6. [sic] Por fim, uma vez, devolvido o recurso para o cliente AB Nascente que o suportou indevidamente por erro da EMPRESER, a EMPRESER sub-rogar-se-á no direito de pedir a repetição de indébito junto ao Estado de Minas Gerais.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 221.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, referente aos anos de 2016 a 2019, ao argumento de recolhimento indevido do imposto, em saídas de mercadorias, amparadas por isenção, (venda de concreto asfáltico), utilizadas em obras de órgãos públicos da administração direta ou indireta.

A restituição do ICMS, na qualidade de tributo indireto, sujeita-se ao previsto no art. 166 do CTN Nacional, norma que é replicada no art. 92, § 3º do RICMS/02 c/c art. 30 do RPTA, como demonstrado pelo Fisco em sua manifestação. Veja-se a legislação mencionada.

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.

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.

RPTA

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.

Os dispositivos supra transcritos preveem que a restituição do ICMS está condicionada à demonstração, por parte daquele que a pleiteia das seguintes condições:

- (I) - assumiu o respectivo encargo financeiro; ou
- (II) - está autorizado por terceiro a receber a restituição.

Essa última hipótese aplica-se apenas naqueles casos em que o pleiteante tenha transferido o ônus tributário a outrem.

Por esta razão, apesar de vislumbrar razão no pedido da Impugnante, tendo em vista que ela não logrou demonstrar formalmente estar autorizada a pleitear a totalidade do valor em análise neste processo, ainda por razões alheias à sua vontade, não se vê acolhimento integral a seu pedido, sobremaneira diante das limitações a que se sujeita o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG à luz da legalidade.

Destaca-se no contexto dos autos, a autorização às fls. 173 (frente e verso), que permite a restituição do ICMS relativo às Notas Fiscais n°s 001543, 001702 e 001874, em relação à qual se verifica o cumprimento do requisito legal.

Acerca da autorização prevista às fls. 194, verifica-se que referida autorização está condicionada à restituição por parte da Impugnante do valor pago pela empresa AB Nascentes. Como relatado, assim dispõem os tópicos 5 e 6 da referida autorização:

5. [sic] Assim, na medida em que a EMPRESER afirma que o imposto é indevido, solicitamos a imediata devolução do valor de R\$ 176.676,69.

6. Por fim, uma vez, devolvido o recurso para o cliente AB Nascente que o suportou indevidamente por erro da EMPRESER, a EMPRESER sub-rogar-se-á no direito de pedir a repetição de indébito junto ao Estado de Minas Gerais.

Trata-se de autorização sujeita a condição suspensiva, definida nos arts. 121 e 125 ambos do Código Civil/02. Confira-se:

Código Civil/02

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Considerando que a Impugnante não trouxe aos autos prova de que a condição suspensiva pactuada na autorização se aperfeiçoou — isto é, não demonstrou ter realizado o pagamento à empresa AB Nascentes — verifica-se que em relação às notas fiscais referentes às operações que tiveram como destinatário a referida empresa, não está cumprido o requisito previsto no art. 166 do CTN. Por esta razão, não lhe poderá ser deferida a restituição dos respectivos valores.

Ressalte-se que isso não impede, contudo, a Impugnante, de uma vez aperfeiçoada a condição prevista na referida autorização, pleitear novamente a restituição do imposto ou ainda substituir a autorização por outra na qual não conste tal restrição, renovando seu pedido. Em ambos os casos, deverá ser observado o prazo decadencial.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para deferir a restituição de ICMS referente às notas fiscais constantes às fls. 173, frente e verso, dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2022.

Thiago Álvares Feital
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora