

Acórdão: 16.481/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111903-29
Impugnante: Casamássima Indústria e Comércio Ltda
PTA/AI: 16.000079348-11
Inscr. Estadual: 708.875663.01-08
Origem: DF/ Montes Claros

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. Constatado nos autos o pagamento a maior de ICMS sobre transportes, por não fruição do benefício do crédito presumido, caracterizando-se o indébito. Entretanto, a Requerente, tomadora dos serviços, não fez prova de não ter transferido o encargo financeiro, não sendo, portanto, reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O contribuinte, em requerimento protocolado em 12.11.2002, informa ter recolhido indevidamente, a título de ICMS/frete, a importância de R\$8.592,35, uma vez que “não usufruiu do benefício de crédito presumido de 20%, previsto no inciso VII do artigo 75 do RICMS”.

Cópia do registro de utilização de documentos fiscais e Termos de ocorrências, juntado a fl. 16, informa que, aos 20 de maio de 2002, foi efetuada baixa administrativa do contribuinte, com o cancelamento dos documentos fiscais não utilizados.

O Chefe da AF I/Várzea da Palma manifestou-se, a fl. 17, para dizer, em suma, que:

- o crédito presumido é uma forma opcional de apuração, a ser usada em substituição ao sistema de débito e crédito. Não é uma imposição legal, nem um direito adquirido do contribuinte;
- o inciso VII do citado artigo 75 determina que o contribuinte deve fazer a opção formalmente, lavrando termo no RUDFTO, providências que não foram tomadas pelo Requerente;
- o valor atribuído ao frete é muito baixo em relação ao estabelecido pela pauta de valores vigentes, conduzindo ao entendimento de ocorrência de subfaturamento;

Opina pelo indeferimento do pedido, sugerindo que se estude a possibilidade de aplicar o disposto no artigo 53, II, do RICMS, para ajustar o valor do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

frete e cobrar a diferença de ICMS; e que se verifique se o contribuinte creditou-se do valor integral do crédito ora pleiteado, promovendo o estorno, em caso positivo.

Por fim, sugere fiscalização no estabelecimento do contribuinte, em Sete Lagoas (IE n. 672.875663.00-43).

A Chefia da AF II/Pirapora indeferiu o pedido de restituição, “haja vista o mesmo não ter exercido a opção pelo crédito presumido, como previsto nas alíneas do inciso VII do artigo 75 do RICMS/96” (fl. 19).

O contribuinte foi cientificado em 13.02.2003.

Inconformado, o contribuinte apresentou, tempestiva e regularmente, Impugnação ao despacho exarado (fls. 21 a 22).

Informa que “durante o período de sua atividade, contratou transportadores autônomos para transportar suas madeiras até o destinatário e (...) assumiu a condição de substituta tributária do ICMS/frete”. E que os DAEs relativos ao frete foram recolhidos pelo valor integral, sem o benefício do crédito presumido previsto no artigo 75 do Regulamento.

Entende que “a obrigação de registrar a opção pelo crédito presumido no RUDFTO refere-se às empresas prestadoras de serviços de transporte, alínea a, o que não é o caso do contribuinte em questão, sendo que sua situação se enquadra na alínea c do inciso VII”.

Instruem a Impugnação os documentos de fls. 23 a 27.

Intimada a apresentar planilha referente às notas fiscais objeto do pedido, especificando o valor do frete, o valor de ICMS pago, o que considerava devido e a diferença que pretende restituída – e os DAEs que comprovem o pagamento do imposto, requereu prorrogação do prazo. Fê-lo em 28.05.03, a fls. 33 a 176 (agosto/97 a dez/01).

Em resposta, o Chefe da AF/Várzea da Palma afirma que o valor a ser restituído, em caso de direito, é R\$41.348,95 (ICMS pago) x 20% = R\$8.269,79 e reitera as sugestões anteriormente apresentadas. (fl. 177)

Remetido o processo à Delegacia Fiscal de Montes Claros, para análise das r. sugestões, o auditor manifestou-se, a fls. 179 a 180.

Explica ele que o artigo 75, VII, do RICMS/96, impõe ao transportador a opção pelo regime de crédito presumido e o registro desta nos livros fiscais; mas que, por não possuir inscrição estadual, o transportador autônomo está liberado do cumprimento das obrigações acessórias e, por conseguinte, também seu substituto tributário.

Entende irrelevante se o contribuinte apropriou-se dos créditos ora pleiteados, pois faz jus ao crédito integral do imposto pago, ainda que utilizado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito presumido, de conformidade com os artigos 62 e 63 do RICMS e Consultas de Contribuintes 148/00 e 067/03.

Da mesma forma, entende que um possível crédito tributário apurado, por verificação fiscal, relativo à diferença subfaturada, ou seja, de valor atribuído às prestações de serviço de transporte aquém dos estabelecidos por pauta, (...) está sujeito à contestação e, em caso de pagamento, ao creditamento pelo requerente, o que não nos trará nenhum acréscimo de receita.

Entretanto, tratando o caso em tela de pedido de restituição de valor pago a maior, há que se considerar que o requerente, na condição de substituto tributário, descontou do valor pago ao transportador autônomo/substituído o valor recolhido aos cofres públicos.

A legitimidade, portanto, para requerer a restituição, é do transportador/substituído, que é o contribuinte de fato.

Opina pelo indeferimento do pedido de restituição.

Junta cópia das Consultas mencionadas (fls. 181 a 184).

Informado do indeferimento de sua Impugnação (fl. 185), o contribuinte, representado por seu sócio gerente, comparece ao processo para dizer que (fls. 187 a 188):

“não concorda com o indeferimento proposto pela Delegacia Fiscal, pois o mérito da questão é apenas o pedido de restituição de importância paga a maior, pela não observância do disposto no artigo 75, VII, alínea c, que concede o direito ao crédito presumido de 20% do imposto devido na prestação, ao prestador do serviço de transporte e estendendo a aplicação do benefício para a hipótese prevista no artigo 37, na qual se enquadra o contribuinte”.

(...) “Informa que os pagamentos feitos aos autônomos (...) foram através de RPSs (Recibo de Pagamento a Autônomos) e seus valores pagos integralmente e lançados no livro Razão da empresa”.

Pede nova verificação dos fatos e deferimento da restituição.

A Delegacia de Montes Claros, pelo AFTE Redir Mendes de Sá, ratifica o anterior parecer (fl. 219 a 222).

Em janeiro de 2004, foi o processo remetido à Auditoria fiscal, em Uberlândia, para análise e emissão de parecer.

Esta peça foi juntada a fls. 229 a 232.

Em um primeiro momento, reconhece que o contribuinte poderia ter recolhido o imposto sobre base de cálculo reduzida em 20% e, “como tomadora de serviço, apropriar-se dele calculado sobre a base de cálculo integral”. Confirma, assim,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a existência de um indébito, para, então, analisar a possibilidade de restituição do mesmo à requerente.

Em preliminar, verifica que as diferenças referentes ao período de agosto a outubro de 1997 foram alcançadas pela prescrição, razão pela qual não são passíveis de restituição.

A seguir, passa a verificar a legitimidade do contribuinte para pleitear a restituição.

Discorda da fundamentação apresentada pelo Fisco, para aplicar o artigo 166, do CTN, mas também o faz incidir, pelos motivos abaixo expostos:

“Tal como na operação de venda de mercadoria, onde o imposto é repassado ao preço, arcando o consumidor final com o encargo financeiro, também na prestação de serviço de transporte, o valor do imposto está embutido no preço cobrado do tomador”.

(...) “Entretanto, ainda que tomadora do serviço, não é destinatária final da mercadoria transportada. Evidentemente, que o valor pago por tais fretes incorporou o preço das mercadorias, na cadeia circulatória, e, em última análise, tornou-se ônus do consumidor final”.

(...) “Daí configurar-se a impossibilidade de restituição, a não ser que a Requerente comprovasse não ter transferido (repassado ao preço da mercadoria) o encargo pelo pagamento a maior do ICMS sobre frete, o que não consta dos autos”.

Pede a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Decorre o presente processo de pedido de restituição de ICMS incidente sobre serviço de transporte e pago por substituição tributária.

O contribuinte requerente poderia ter recolhido o imposto sobre base de cálculo reduzida em 20% e, como tomadora de serviço, apropriar-se dele calculado sobre a base de cálculo integral. Para fundamentar tal afirmação, adota-se a bem fundamentada explicação apresentada pelo Fisco, a fls. 179 a 180:

“O artigo 37 do RICMS/96 atribui ao contribuinte inscrito no regime de d/c a responsabilidade, como substituto tributário, pelo recolhimento do ICMS incidente nas prestações de serviço de transporte efetuadas por transportador autônomo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O artigo 75, inciso VII, concede o crédito presumido de 20% do imposto devido na prestação ao prestador de serviço de transporte, condicionado ao registro da opção no livro RUDFTO (alínea d), em substituição ao regime normal de d/c, vedando a apropriação de quaisquer outros créditos (alínea a), e estendendo a aplicação do benefício para a hipótese prevista no artigo 37 (alínea c), na qual se enquadra o requerente.

O transportador autônomo, por não ser inscrito no Cadastro de contribuintes da SEF não tem a obrigação acessória manter ou escriturar livros fiscais (RUDFTO), assim como também não apropria créditos de ICMS.

O requerente, por imposição legal, substitui o transportador autônomo, apenas na obrigação de reter e recolher o imposto devido por este, não sendo, portanto, como substituto tributário, obrigado a registrar a opção no RUDFTO, mesmo porque já lhe é vedado, por não ser transportador, e nos precisos termos do artigo 70, XIII, a apropriação de créditos pela entrada de bens e serviços alheios à atividade de seu estabelecimento.

Por outro lado, o requerente, na condição de tomador do serviço, faz jus ao crédito integral do imposto pago, ainda que utilizado o crédito presumido, de conformidade com os artigos 62 e 63 do RICMS e Consultas de Contribuintes 148/00 e 067/03.

Diante disso, entendemos ser irrelevante e até mesmo desnecessário verificar se o requerente apropriou integralmente o imposto pago”.

Não restou comprovado nos autos a emissão da nota fiscal global, para fins de apropriação dos créditos, como exigido no artigo 75, § 2º, c/c artigo 26, do Anexo V, o que, no entanto, não lhe retira o direito ao crédito.

Tendo entendido pela existência do indébito, passa-se, agora a analisar a possibilidade de sua restituição ao contribuinte requerente.

Preliminarmente, verifica-se se transcorreu o prazo prescricional, que fulminaria o direito de restituição.

Dispõe o artigo 168 do CTN que extingue-se o direito de pleitear a restituição do tributo indevidamente pago no prazo de 05 (cinco) anos, a contar do efetivo pagamento.

O pedido foi protocolado em 12 de novembro de 2002, donde atingidos pela prescrição os indébitos referentes ao período anterior a 12.11.1997.

Por fim, há de se examinar a legitimidade ativa do requerente.

A tomadora do serviço de transporte, por determinação legal, responsabiliza-se, na condição de substituta tributária, pela retenção e recolhimento, à Fazenda do Estado, do ICMS relativo ao serviço prestado pelo transportador autônomo.

A substituta tributária não desembolsa recursos próprios, cobrando do substituído o imposto que se obrigam a recolher, em nome dele. Isto significa dizer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que o requerente descontou do valor pago ao transportador autônomo/substituído o valor recolhido aos cofres públicos.

A legitimidade, portanto, para requerer a restituição, é do transportador/substituído, que é o contribuinte de fato.

Para que o requerente pleiteie o ressarcimento do indébito, faz-se necessário apresentar autorização expressa de cada um dos transportadores autônomos – ou comprovar que não lhes repassou o ônus. É o que dispõe o artigo 166, do CTN, reproduzido, a nível estadual, pelo artigo 36, § 2º, da CLTA.

A empresa requerente não comprovou que suportou o encargo financeiro, bem como não apresentou as autorizações mencionadas, donde forçosa a declaração de sua ilegitimidade para pleitear a devolução das diferenças de ICMS pagas a maior.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 02/07/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ