

Acórdão: 15.448/02/3^a
Impugnação: 40.010055548-37
Impugnante: Acesita S.A.
Proc. S. Passivo: José Antônio Damasceno/Outros
PTA/AI: 16.000008459-29
Inscrição Estadual: 687.013342.0352
Origem: AF/Timóteo
Rito: Ordinário

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido formalizado pela Impugnante motivado por erros cometidos no preenchimento de suas notas fiscais referentes ao preço ou ao peso da mercadoria. Deferimento do pedido para os documentos fiscais que vierem acompanhados por declaração do destinatário de que não aproveitou o excesso de crédito destacado, autorizando o remetente a pleitear a restituição do mesmo, e cópia do livro Registro de Entradas ou do livro Registro de Apuração do ICMS. Constatada a decadência do direito à repetição do indébito para os documentos fiscais emitidos antes do mês de setembro de 1991, nos termos do inciso I do artigo 168 do CTN. Pedido parcialmente instruído acarretando deferimento parcial.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa o processo sobre pedido de restituição de ICMS recolhido a maior em função de divergências constatadas pelos clientes da Impugnante nos pesos e preços das mercadorias constantes das notas fiscais. O pedido foi instruído com declarações dos destinatários autorizando a Impugnante a pleitear a restituição do ICMS.

O Fisco se posiciona pelo indeferimento do pedido de restituição (fls. 668/669), dizendo que o pleito do contribuinte se encontra prejudicado em razão da não apresentação dos documentos exigidos pela Instrução Normativa 03/92.

Inconformada com o indeferimento do pedido de restituição, a Autuada impugna (fls. 671/679) tempestivamente o referido ato, por intermédio de procurador regularmente constituído.

O Fisco, em manifestação de fls. 686/687, refuta as alegações da defesa.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 712, que implicou em nova intimação à Impugnante dos motivos que embasaram o indeferimento do pedido de restituição, uma vez que a intimação anterior falhou ao apontar como motivo apenas a não apresentação de certidão negativa de débitos fiscais. Tal falha resultara em prejuízo para a defesa da Impugnante, ora sanado pela providência determinada pela Auditoria.

Devidamente intimada, conforme fls. 713/714, a Impugnante novamente comparece aos autos apresentando a Impugnação de fls. 716/731, por intermédio de seu procurador regularmente constituído.

O Fisco, em manifestação de fls. 741/756, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 762/764, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de pedido de restituição de ICMS recolhido a maior em função de verificação, por parte dos destinatários das mercadorias, de divergências nos preços ou nos pesos reais das mercadorias adquiridas em confronto com os valores lançados nos documentos fiscais pertinentes.

Inicialmente cumpre salientar que o direito de pleitear a restituição, para o caso em questão, ou seja, pagamento espontâneo a maior por erro na emissão de documento fiscal, extingue-se com o decurso de prazo de 5 (cinco) anos contado da data da extinção do crédito tributário, nos termos do inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional.

Art. 168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Considerando-se que o pedido de restituição foi protocolado, junto à Repartição Fazendária competente, em 23.10.1996 e considerando-se, ainda, que o prazo para pagamento do imposto, para o seguimento de indústria, referente aos fatos geradores pertinentes ao pedido, esgotava-se no dia 25 do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nos termos da Resolução 1991/90, verifica-se que encontravam-se alcançados pelo instituto da decadência os documentos fiscais emitidos antes de 1º de setembro de 1991.

Resolução 1991/90

Art. 1º - O recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) será efetuado:

I - até o dia 9 (nove) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, exceto nas hipóteses previstas no artigo seguinte e de saída de café cru para o exterior;

Art. 3º - Excetuado as hipóteses previstas no artigo anterior, o **imposto poderá ser recolhido**, sem acréscimo das penalidades previstas no artigo 596, inciso I, do Regulamento do ICMS, **desde que tenha seu valor monetariamente atualizado** na forma do artigo 6º:

I - II -

III - **até o dia 25 (vinte e cinco) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador:**

a -

b - **pelas indústrias**, exceto as relacionadas na alínea "b", do inciso I e as de cigarros e outros produtos de tabacaria;(Grifado)

No que tange ao cerne do presente contencioso, verifica-se que o indeferimento do pedido de restituição está calcado na ausência das cópias dos registros nos livros fiscais dos destinatários (Livro Registro de Entradas e Livro Registro de Apuração do ICMS), devidamente autenticadas pela Repartição Fazendária da circunscrição do destinatário, onde o Fisco mineiro iria confrontar o valor do ICMS destacado na nota fiscal com o valor efetivamente aproveitado pelo destinatário, cuja eventual diferença seria objeto do pedido de restituição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal exigência está expressamente prevista na Instrução Normativa DLT/SRE 03/92, item 4.2, alínea "b", verso das fls. 663, dela não podendo se afastar esta Câmara, por força do disposto no inciso I do artigo 88 da CLTA/MG.

4 - Tratando-se de emissão de documento fiscal que consigne quantidade de mercadoria ou valor superior ao da efetiva operação:

4.1 - o destinatário deverá:

a - escriturar o documento fiscal e apropriar-se do respectivo crédito, se for o caso, pelo valor real da operação, fazendo constar essa circunstância na coluna "Observações" do livro Registro de Entrada (RE);

b - comunicar o fato ao remetente, por meio de correspondência;

4.2 - o ICMS pago a maior poderá ser objeto de restituição, observado o disposto nos artigos 36 a 41, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, mediante requerimento dirigido à Administração Fazendária (AF) de circunscrição do requerente, devendo, ainda, ser instruído com:

a - **declaração do destinatário de que não efetuou a apropriação do crédito relativo a diferença**, devendo citar o valor a maior, o ICMS correspondente, o número, a série e a data do documento fiscal originário;

b - **cópia reprográfica das páginas do RE e do RAICMS**, onde foram feitos os lançamentos correspondentes ao documento fiscal previsto no subitem 4.1 **devidamente autenticadas pela repartição fazendária da circunscrição do destinatário;** (Grifado)

Não obstante, observa-se que a própria Diretoria de Legislação Tributária (DLT), em resposta à Consulta Fiscal Direta juntada às fls. 665/667, onde foi questionado: "*O fisco mineiro pode dispensar a exigência do "visto" do fisco paulista nos mencionados documentos?*", registrou que no caso concreto (ausência de visto fiscal nas cópias dos livros fiscais) o Fisco mineiro não tem como submeter o Fisco e o contribuinte paulista, considerando-se o Princípio da Territorialidade da Tributação.

Assim, em substituição às cópias dos livros fiscais, autenticadas pela Repartição Fazendária do destinatário, a DLT admite que a Requerente possa instruir o processo com qualquer outra documentação idônea necessária e suficiente a firmar o convencimento de que o imposto foi efetivamente destacado a maior.

Nesse sentido, evidencia-se de bom alvitre o deferimento do pedido de restituição desde que instruído por aqueles documentos que demonstrem claramente o erro cometido pela Requerente juntamente com a correção procedida pelo destinatário,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou seja, cópia da nota fiscal de saída, declaração do destinatário de que não efetuou a apropriação do crédito relativo à diferença e cópia da escrituração efetuada no livro Registro de Entradas (LRE) ou no livro Registro de Apuração do imposto (LRAICMS) do destinatário, onde encontra-se materializado o conteúdo da declaração.

Justifica-se a conjunção alternativa *ou*, referente aos livros fiscais, em razão da demonstração num dos dois livros ser suficiente para caracterizar a apropriação real do imposto (LRE) ou o estorno do excesso (LRAICMS), não havendo necessidade de apresentação de cópia conjunta de ambos.

Dessa forma, verifica-se que a Impugnante demonstra razão quando levanta a impossibilidade da obtenção do visto do Fisco paulista nas cópias dos registros fiscais dos contribuintes daquele Estado mas, por outro lado, equivoca-se quando não carrega aos autos essas cópias, ainda que sem o visto fiscal, acompanhada da declaração do contribuinte destinatário além de cópia de seu documento fiscal emitido, origem de toda a discussão.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que apresentaram-se parcialmente legítimos os argumentos alegados pela Impugnante em sua peça de defesa.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação para acatar o pedido de restituição relativamente aos valores que vieram sustentados pelos seguintes documentos: nota fiscal da Impugnante, declaração do destinatário e cópia do Livro Registro de Entradas ou Livro Registro de Apuração do ICMS (para os documentos emitidos a partir de 01/09/1991). Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro que admitia a restituição sugerida pela Auditoria Fiscal, como também, admitia a restituição daquelas notas fiscais as quais continham as respectivas declarações dos clientes devidamente vistas pelo Fisco de destino. Vencido, ainda, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que além daqueles valores referidos nos votos majoritários, admitia a restituição para o período de 01/09/1991 à 29/12/1992, dos valores em que há comprovação com nota fiscal e sua respectiva declaração vista. Designado Relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. José Antônio Damasceno e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

Sala das Sessões, 20/06/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta

Edwaldo Pereira de Salles
Relator Designado

RC