

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.160/08/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000193024-91
Impugnação: 40.010123383-38
Impugnante: Wilsimar Alves Salles
CPF: 235.073.496-04
Origem: DF/Ubá

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS E MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA – MERCADORIA DESACOBERTADA – Impugnação contra indeferimento de pedido de restituição, sob a alegação de pagamento indevido, por meio de Documento de Arrecadação Fiscal (DAF), de exigências fiscais relacionadas ao transporte de mercadoria considerada desacoberta de documentação fiscal, nos termos do art. 149, III, do RICMS/02. Diante da correção das exigências, não restou caracterizado o pagamento indevido. Correto o indeferimento do pedido, pelo fato do requerente não ser parte legítima para pleitear a restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação contra ato de indeferimento de pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS e correspondentes multas de revalidação e isolada exigidos pelo Posto de Fiscalização de Além Paraíba, por meio do Documento de Arrecadação Fiscal (DAF) nº 04002105160-81, de 24-04-2008.

Referida autuação decorre da constatação de divergência da mercadoria efetivamente transportada com as discriminadas na nota fiscal apresentada no momento da ação fiscal, motivo pelo qual foi a mesma considerada desacoberta, nos termos do art.149, III, da Parte Geral do RICMS/02.

No entanto, por entender que a Fiscalização agiu arbitrariamente, tornando assim indevidas as exigências e o seu respectivo pagamento, o ora Impugnante requereu a restituição dos respectivos valores.

Submetido à apreciação da Sr^a. Delegada Fiscal de Ubá, o pedido foi indeferido, com base na manifestação de fls. 27/30, sob a fundamentação de que o requerente não é parte legítima para pleitear a restituição, uma vez não observado o art. 30 do RPTA/MG.

Inconformado, o interessado apresenta tempestivamente a Impugnação de fls. 35/50, na qual reitera as razões do pedido, acrescentando outros argumentos.

Alega, em síntese, que a ação fiscal tem caráter confiscatório, além de ter se baseado em presunção e arbitrariedade do Autuante, que simplesmente desclassificou a nota fiscal mediante um simples olhar sobre a carga, sem nenhuma conferência ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pesagem de seu conteúdo e sob a mera alegação de divergência entre a mercadoria transportada e a discriminada no documento fiscal, não tendo nem sequer emitido o documento de contagem física, motivo pelo qual o trabalho já nasceu prejudicado.

Aduz que a Nota Fiscal Avulsa nº 577.727, apresentada no momento da ação fiscal, estava correta, não era falsa ou ideologicamente falsa e muito menos inidônea, pois encontrava-se ainda dentro de seu prazo de validade e fora emitida pelo próprio Fisco, no caso a Administração Fazendária de Cataguases, que antes de sua emissão efetuou todos os procedimentos fiscais cabíveis, estranhando assim o fato de o próprio Fisco ter desclassificado um documento por ele mesmo emitido.

Quanto às razões do indeferimento do pedido, afirma ser pessoa idônea, com endereço fixo e cumpridora de seus deveres, e que a quitação do DAF, apesar de considerar arbitrária a ação fiscal, foi feita por ele, que inclusive teve de recorrer a empréstimo dos valores pagos, evitando assim o risco iminente de desfazimento do negócio pelo adquirente da mercadoria.

Questiona ainda o fato de ter sido o DAF emitido contra a proprietária do veículo transportador e não contra ele, que inclusive acompanhava o transporte da mercadoria objeto da ação fiscal e se identificou ao Autuante como dono da carga, o que pode ser comprovado mediante uma simples análise da nota fiscal desclassificada, restando assim prejudicado o seu direito de ampla defesa, o que foi corroborado pelo despacho de indeferimento.

Cita acórdãos deste Conselho de Contribuintes com decisões favoráveis aos requerentes, pedindo, ao final, o deferimento da restituição dos valores indevidamente pagos.

Manifestando-se às fls. 60/65, a Fiscalização opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Como já relatado, trata-se de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS e correspondentes multas de revalidação e isolada, relativamente a autuação decorrente da constatação de divergência entre a mercadoria efetivamente transportada e as discriminadas na nota fiscal apresentada no momento da ação fiscal, motivo pelo qual foi a mesma considerada desacobertada de documentação fiscal, nos termos do art. 149, III, da Parte Geral do RICMS/02.

Referidas exigências fiscais foram quitadas por meio do DAF nº 04002105160-81, de 24-04-2008, emitido contra a Sr^a. Rosinete Cavalcante Peres, proprietária do veículo transportador, no entanto o pedido de restituição foi formulado pelo ora Impugnante, o Sr. Wilsimar Cavalcante Peres, motivo pelo qual foi indeferido conforme o despacho de fls. 32, sob o fundamento de ilegitimidade de parte, com base no art. 30 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº. 44.747/08, *verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Apesar do inconformismo do Impugnante tanto com a forma em que se deu a ação fiscal quanto com o indeferimento em si de seu pedido, verifica-se que não assiste razão ao mesmo.

Como se depreende do dispositivo retro transcrito, cujo fundamento de validade é o art. 166 do Código Tributário Nacional, tratando-se de pagamento indevido dos chamados tributos indiretos, assim entendidos aqueles cujo ônus financeiro é repassado ao adquirente da mercadoria ou serviço, embutido nos respectivos preços (a exemplo do ICMS), é condição necessária para pleitear a restituição que o interessado faça prova de que tenha assumido tal ônus, ou, quando o tenha transferido a terceiro, que esteja por este expressamente autorizado para tal.

No presente caso, considerando que não consta dos autos que o Impugnante tenha satisfeito uma ou outra condição, *ipso facto* realmente carece o mesmo de legitimidade para postular a restituição.

Por outro lado, no entanto, independentemente do atendimento de tais condições, há de se verificar se o pagamento foi mesmo indevido, uma vez que, não caracterizada tal hipótese, evidentemente não se há de falar em restituição.

Com efeito, como se verifica dos documentos acostados por ele próprio, resta demonstrado que, de fato, enquanto a nota fiscal apresentada no momento da ação fiscal discriminava 3 (três) espécies diferentes de mercadoria (sucata de ferro, sucata de alumínio com ferro e sucata de enfardado misto), a mercadoria efetivamente transportada era outra (sucata de alumínio).

Além disso, consta como data de saída da mercadoria o dia 22-04-2008, às 19h. Assim, tendo em vista que a ação fiscal se deu no dia 23-04-2008, às 16h45 (conforme se pode ver do comprovante de pagamento de fls. 20), e considerando a distância aproximada de 80 KM entre o local de saída (Cataguases) e o Posto de Fiscalização onde se deu a autuação (Além Paraíba), não obstante não tenha sido esta a acusação fiscal, tem-se como perfeitamente razoável o indício de que a nota fiscal poderia estar sendo reutilizada, no caso, transportando outra mercadoria que não aquela descrita no documento. Com efeito, desarrazoado seria considerar que o veículo transportador teria consumido mais de 20 horas para percorrer tal distância.

Ademais, não se sustentam as argumentações do Impugnante de que, pelo simples fato de se tratar de nota fiscal avulsa, e portanto emitida pela própria repartição fazendária, todas as informações constantes da mesma são necessariamente verdadeiras. Ora, como bem se manifesta a Fiscalização, mesmo sendo emitida pela repartição fazendária, o funcionário que o faz não vê e nem fiscaliza a carga, tanto assim que consta nas suas informações complementares a informação de que a operação sujeita-se a revisão fiscal. E no caso concreto foi exatamente isso que se deu. Ao efetuar tal revisão, constatou a Fiscalização a já mencionada irregularidade.

Também não se sustenta o argumento de que não foi emitido nem mesmo o documento de contagem física da mercadoria. Ora, se houve a aquiescência do sujeito passivo em quitar as exigências por meio de DAF, não seria mesmo caso de emitir tal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documento, até porque, nessa hipótese, além de não haver apreensão da mercadoria, há necessariamente a emissão de outra nota fiscal avulsa para o seu regular acobertamento até o destino.

Como também esclarece a Fiscalização, no caso concreto não houve questionamento acerca da inidoneidade ou falsidade da nota fiscal apresentada, e nem de seu prazo de validade, mas tão-só que as mercadorias ali discriminadas não correspondiam àquela constante no veículo abordado, não se prestando portanto a acobertar a carga, de acordo com o art. 149, III, da Parte Geral do RICMS/02, segundo o qual considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a movimentação de mercadoria:

III - **em que a** quantidade, **espécie**, marca, qualidade, tipo, modelo ou número de série isolada ou cumulativamente, **sejam diversos dos discriminados em documento fiscal**, no tocante à divergência verificada. (g.n.).

De se mencionar ainda que o fato de a Fiscalização ter eleito o transportador como sujeito passivo em nada compromete a ação fiscal, uma vez que, a teor do disposto no art. 21, II, *c*, da Lei 6763/75, os transportadores respondem solidariamente pela obrigação na hipótese do transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

No caso sob exame, pois, dada a legitimidade e regularidade das exigências fiscais, porquanto plenamente em conformidade com a legislação aplicável, repita-se, apesar do inconformismo do Impugnante com a ação fiscal, não logrou o mesmo comprovar suas alegações.

Considerando, então, que não restou provado nos autos que as exigências fiscais foram indevidamente imputadas, e, ainda, que o Requerente não é parte legítima para postular a restituição, conclui-se pela improcedência da mesma.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 19 de novembro de 2008.

André Barros de Moura
Presidente

Raimundo Francisco da Silva
Relator