

Acórdão: 22.392/17/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 16.001132041-55  
Impugnação: 40.010142044-87  
Impugnante: Petrobras Distribuidora S/A  
CNPJ: 34.274233/0280-23  
Proc. S. Passivo: Flávio Mendes  
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - SP

**EMENTA**

**RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Devidamente comprovado o recolhimento a maior do ICMS e que não ocorreu a transferência do encargo financeiro ao adquirente, não se aplica o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, sendo legítimo o direito à restituição da parcela indevidamente recolhida ao Tesouro Estadual.**

**Impugnação procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

**Do Pedido de Restituição**

A ora Impugnante solicitou a restituição do imposto recolhido a maior tendo em vista ter emitido as Notas Fiscais n.ºs 143.812 e 143.829 por preço superior ao negociado com o cliente (fls. 02/03).

**Do Indeferimento do Pedido de Restituição**

Em despacho de fl. 09, o Coordenador do NConext/SP indefere o pedido pelo não atendimento ao disposto no art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, visto que em razão da regra do art. 127 do RICMS/02, segundo o qual a escrituração fiscal deverá basear-se nos valores constantes nas notas fiscais relativas às operações realizadas, o Fisco não consegue formar a convicção da realização de recolhimento indevido em favor do estado de Minas Gerais.

**Da Impugnação**

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação à fl. 14/19, em resumo, aos seguintes argumentos:

- em maio de 2010, vendeu produto denominado Óleo Combustível para o cliente Fosfertil - localizado em território mineiro, através das Notas Fiscais n.ºs 143.812 e 143.829, ambas de emissão do dia 21 de maio de 2010;

- o preço unitário negociado entre as partes era de R\$ 1,1044 por kilo, constante a partir da data do dia 21;

- ocorreu fato atípico no sistema de controle de preços onde o preço negociado para a categoria do cliente Fosfertil, que era de R\$ 1,1044, saiu com o valor errado de R\$ 2,2978 exclusivamente em duas operações de faturamento;

- foram vinte e cinco faturamentos do dia 25 até o dia 31 de maio, com o preço de R\$ 1,1044/Kg, ficando claro que houve erro nas duas notas fiscais citadas;

- a Fosfertil fez o registro pelo valor correto e apresentou Declaração de não apropriação do ICMS a maior;

- por sua vez, a Petrobras Distribuidora, registrou em seu livro de Saída, os valores a maior, sendo que a apuração final dos valores a serem recolhidos para o estado de Minas Gerais gerou o valor pago a maior, sobre o qual se requer a restituição;

- atende aos requisitos ali contidos do art. 28 do RPTA;

- as razões dadas pelo indeferimento não atingem o correto entendimento dos fatos apontados no pleito inicial, visto que, foram cumpridas todas as formalidades exigidas e apresentada a documentação para que se formasse juízo correto e devolvido aquilo que foi recolhido aos cofres mineiro em excesso;

- o próprio Fisco Mineiro apregoa em sua Instrução Normativa DLT/SRE n.º 03/92, com clareza, o direito do contribuinte de ter restituída a importância indevidamente paga aos cofres do estado.

Ao final, solicita a revisão do pleito para a devolução do valor indevidamente recolhido ao estado de Minas Gerais.

#### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco se manifesta às fls. 42/44, refutando os argumentos de defesa, sob os seguintes fundamentos, em resumo:

- é intempestiva a impugnação em comento, pois a Impugnante foi notificada do indeferimento ao seu pedido de restituição em 20 de setembro de 2016 e apenas em 29 de dezembro de 2016 vem apresentar sua impugnação;

- portanto, o intervalo entre a ciência do indeferimento e a apresentação da impugnação no caso presente é maior que três meses, enquanto a legislação determina o prazo de trinta dias para interposição da impugnação, conforme art. 117 do RPTA;

- por ser intempestiva a impugnação em tela, deve ser mantido o indeferimento ao pedido de restituição em análise;

- alterar o *quantum debeatur* de uma operação de circulação de mercadoria que efetivamente ocorreu e foi devidamente documentada com fulcro na singela alegação de que o preço do óleo combustível consignado nas notas fiscais saiu com o valor errado, não tem respaldo na legislação tributária;

- a Impugnante não logrou êxito ao demonstrar que houve erro, uma vez que o livre comércio permite que o vendedor de determinada mercadoria pratique o preço que melhor lhe convier, asseverando-se que este preço pode variar em razão de diversos aspectos tais como forma de pagamento, volume de compra, risco de inadimplência, promoções, concorrência, dentre inúmeros outros;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 03 /92 não socorre a Impugnante no caso concreto, pois não ficou comprovado que o valor consignado nas notas fiscais foi efetivamente maior que o valor da operação respectiva;

- reitera os termos do Parecer Fiscal que pugnou pelo indeferimento do requerimento, pois não pode ser restituído o valor solicitado devendo ser mantido o indeferimento ao seu pleito, além de ser julgada intempestiva a impugnação em análise.

Ao final, pede seja julgada intempestiva a impugnação em análise e no mérito seja julgada improcedente mantendo-se o indeferimento ao pedido de restituição.

### **DECISÃO**

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Coordenador do NConext/SP que indeferiu a restituição pleiteada pela ora Impugnante, sob o fundamento de descumprimento do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, visto que em razão da regra do art. 127 do RICMS/02, segundo o qual a escrituração fiscal deverá basear-se nos valores constantes nas notas fiscais relativas às operações realizadas, o Fisco não conseguiria formar a convicção da realização de recolhimento indevido em favor do estado de Minas Gerais.

Primeiramente cumpre destacar que o Fisco levanta uma preliminar de intempestividade da impugnação que restou prejudicada.

Isto porque, a declaração de intempestividade e a negativa de seguimento da impugnação declarada intempestiva competem ao próprio Fisco, como pode ser visto do art. 114 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, *in verbis*:

#### **SEÇÃO II**

##### **DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE IMPUGNAÇÃO**

Art. 114. O chefe da repartição fazendária, ou funcionário por ele designado, negará seguimento à impugnação que:

I - for apresentada fora do prazo legal ou for manifesta a ilegitimidade da parte;

.....

Parágrafo único. A negativa de seguimento será formalmente comunicada ao impugnante no prazo de 5 (cinco) dias da decisão.

..... (grifos não constam do original)

Portanto, apesar de ter a prerrogativa e competência para negar seguimento à impugnação em análise, o Fisco não o fez, restando a conclusão que este suplantou a intempestividade e aceitou a impugnação apresentada.

Ademais, não é possível superar esta questão, na hipótese de ter sido atendida a norma regulamentar acima transcrita, teria o contribuinte o direito de

apresentar reclamação. Desta forma, até mesmo para evitar o rompimento de um direito maior, qual seja, a ampla defesa, passa-se à análise do mérito da impugnação.

A Impugnante, em maio de 2010, vendeu produto denominado Óleo Combustível para a Fertilizantes Fosfatados S/A – Fosfértil, estabelecida em Uberaba/Minas Gerais, acobertando a operação pelas Notas Fiscais n.ºs 143.812 e 143.829, emitidas em 21 de maio de 2010.

Argui a Impugnante que o preço unitário negociado entre as partes para esta operação era inferior ao valor destacado nas notas fiscais e que, no caso, ocorreu fato atípico em seu sistema de controle de preços tendo o valor maior sido destacado exclusivamente em duas operações de faturamento.

Por sua vez, o Fisco sustenta que a Impugnante não logrou êxito ao demonstrar que houve erro, uma vez que o livre comércio permite que o vendedor de determinada mercadoria pratique o preço que melhor lhe convier, asseverando-se que este preço pode variar em razão de diversos aspectos tais como forma de pagamento, volume de compra, risco de inadimplência, promoções, concorrência.

Dos autos se extrai que, para o mesmo período foram vinte e cinco faturamentos (do dia 25 até o dia 31 de maio), tendo estes ocorrido pelo preço citado pela Impugnante como correto.

Este fato já evidencia um erro nas duas notas fiscais em questão objeto do pedido de restituição.

Ademais, a destinatária Fertilizantes Fosfatados S/A – Fosfértil, na escrituração de notas fiscais em seu livro Registro de Entrada, fez o registro pelo valor correto (fls. 29/34).

Consta dos autos, ainda, declaração da Fertilizantes Fosfatados S/A – Fosfértil (fl. 28) de não apropriação do ICMS a maior, contabilizando o valor correto.

Por sua vez, a Impugnante, registrou em seu livro Registro de Saída, os valores a maior, tendo apurado o imposto pelo valor a maior o que gerou valor pago também a maior.

Sustenta o Fisco que houve descumprimento das disposições do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Contudo, nos autos encontra-se o requerimento direcionado ao órgão próprio contendo as explicações e razões dos fatos documentados pelos livros fiscais do destinatário, bem como declaração de não apropriação de ICMS destacado nas notas fiscais objeto do pedido.

Outro ponto que levou ao indeferimento do pedido inicial foi o possível descumprimento ao art. 127 do RICMS que assim determina:

**CAPÍTULO III**  
**Da Escrituração**

Art. 127. A escrituração dos livros e documentos fiscais será feita pelo sujeito passivo, na forma estabelecida pela legislação tributária, com base

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos documentos relativos às operações ou às prestações realizadas.

Entretanto, foram cumpridas todas as formalidades exigidas e apresentada toda documentação necessária a apreciação do pedido.

Some-se, também, que a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 03/92, estabelece, com clareza, o direito do contribuinte de ter restituída a importância indevidamente paga aos cofres do estado, tratando este tipo de ocorrência em seu item 4, a saber:

### Instrução Normativa DLT/SRE n.º 03/92

O DIRETOR DA DIRETORIA DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SUPERINTENDÊNCIA DA RECEITA ESTADUAL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no artigo 24 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto n.º 23.780, de 10 de agosto de 1984, e

considerando a impossibilidade de aproveitamento, pelo remetente, de crédito de imposto estornado pelo destinatário da mercadoria ou do serviço, em razão de lançamento a maior no documento fiscal relativo à operação ou prestação;

considerando o direito do contribuinte de ter restituída importância indevidamente paga aos cofres do Estado, nos termos do artigo 171 do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (RICMS);

considerando a necessidade de uniformização de procedimentos relativamente a erros ocorridos na emissão de documentos e na escrituração de livros fiscais, e da correta aplicação das normas tributárias, RESOLVE baixar a seguinte Instrução Normativa:

.....

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);

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

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 n° 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;

..... (grifos não constam do original)

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Cinara Lucchesi Vasconcelos Campos.

**Sala das Sessões, 05 de abril de 2017.**

**Eduardo de Souza Assis  
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão  
Relatora**