

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.962/08/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000151739-21
Impugnação: 40.010122399-09
Impugnante: Telemar Norte Leste SA
IE: 062149964.00-47
Proc. S. Passivo: Gabriel Prado Amarante de Mendonça/Outro(s)
Origem: DF/BH-1

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS - DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. Pedido de restituição relativamente ao período de 01/11/1996 a 29/02/2000. Foram deferidos, parcialmente, valores relativos ao pagamento indevido do ICMS. Entretanto, a Requerente não faz juz à restituição do período de 01/11/96 a 31/12/96 visto que havia, à época, suporte legal para a cobrança da diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Quanto aos créditos do período de 01/01/1997 a 30/06/1998 o prazo para o aproveitamento do crédito esgotou-se em face do disposto no art. 23, parágrafo único da Lei 6763/75. Foram acatados os valores de restituição propostos pelo Fisco após a Impugnação. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Em 30/04/2004, a Requerente apresenta ao Fisco pedido de restituição de ICMS no valor de R\$20.382.484,19, documento anexo ao PTA 16.000104867-21 às fls. 02/03.

O Fisco defere parcialmente o pedido da Requerente, com minuciosa motivação, fls. 3320/2331, restituindo a importância de R\$6.048.631,94 e indeferindo o restante, no montante de R\$14.333.853,00.

A Requerente teve ciência da parcela restituída através do Despacho DF/BH-3/Nº 010/2004, de 08/11/2004, fls. 2624.

O Fisco informa que a Requerente apropriou-se do crédito relativo à restituição deferida na DAPI de novembro de 2.004, fls. 07 do PTA 16.000151739-21.

Em 29/12/2005, aproximadamente 14 meses após o indeferimento de parcela da restituição, a Requerente apresenta Impugnação em relação à parte do montante indeferido, nos seguintes termos:

[...], requerer a revisão da manifestação desta r. repartição fazendária exarada nos autos em epígrafe, em 08 de novembro de 2004, uma vez que detectou suposto erro de fato quando da composição dos cálculos da linha B do Anexo I do referido processo, o que importou na perda de crédito de diferença de

alíquota, em virtude de terem sido computados em duplicidade (de Jan/97 a Fev/00), os mesmos documentos fiscais (Notas Fiscais), bem como, para os meses de Nov/96 e Dez/96, ter sido cobrado diferença de alíquota quando, na verdade e para as respectivas competências, inexistia motivo legal para tanto, em total prejuízo aos interesses da ora Requerente. Tais alegações podem ser facilmente comprovadas através da análise das planilhas em anexo e das notas fiscais do período.

Não foi indicado o valor pleiteado, apenas as planilhas em disquetes.

A revisão acima solicitada foi autuada como um novo PTA, nº 16.000151739-21, doravante chamado de PTA-2 que está apenso ao PTA originário, nº 16.000104867-94, doravante chamado de PTA-1.

Importante ressaltar que para o entendimento do pedido da Requerente há necessidade de analisar os quadros dos dois PTAs, uma vez que o pedido de revisão (Impugnação) é uma continuidade do pedido inicial de restituição e refere-se, como dito, a parte do valor indeferido pelo Fisco.

O Fisco Manifesta-se às fls. 03/14 do PTA-2, propugnando, em face dos princípios da verdade material, economia e celeridade processual, dentre outros, pelo conhecimento da Impugnação da Requerente, argumentando, ainda, que assiste direito parcial à mesma.

O Fisco, motivadamente, propõe deferir parcialmente a restituição, fls. 14, no valor de R\$ 102.260,11, anexando os quadros de fls. 15/168.

A proposta do Fisco foi deferida pelo Delegado Fiscal, conforme Despacho às fls. 169, com ciência do Procurador da Requerente.

A Requerente, através dos seus procuradores, apresenta nova Impugnação às fls. 174/182, juntando documentos – fls. 268/341.

O Fisco intima a Requerente a apresentar documentos, fls. 354. A Requerente atende, conforme doc. de fls. 378 (juntados aos autos fora da ordem cronológica)

O Fisco analisa a documentação apresentada pela Requerente e apresenta Manifestação Fiscal, propondo, motivadamente, deferir parcialmente o pedido de restituição no valor de R\$720.187,89, anexando os quadros de fls. 349/352.

A Requerente é comunicada da parcela deferida, conforme ofício de fls. 383, com recebimento na mesma data, isto é, 22.01.2008.

À fl. 388 a Requerente, através de seus procuradores, requer que os autos sejam encaminhados ao Conselho de Contribuintes para que seja julgada a Impugnação apresentada. Pede pelo deferimento da restituição na forma requerida.

O PTA foi pautado inicialmente para a sessão do dia 19/03/2008, tendo sido retirado de pauta, marcando-se novo julgamento para a sessão do dia 29/04/2008.

DECISÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que o Fisco recebeu a Impugnação de parcela da Restituição indeferida, autuando-a como novo PTA. A motivação do Fisco, fls. 09/10 do PTA-2, no sentido de busca da verdade material – vislumbrando algum direito à Requerente – e celeridade/economia processual, é bastante razoável e foi acatada pela Câmara de Julgamento na sua totalidade.

Conforme descrito no relatório acima, tratam-se os autos de pedido de restituição em face de pagamento em duplicidade, pagamento a maior em razão do não aproveitamento do crédito relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, diferencial de alíquota (diferença de alíquota) pago sem motivo legal (novembro e dezembro/96).

Foram anexados os documentos originais – DAEs – relativamente aos pagamentos efetuados.

Apesar da matéria tratada nos autos ter parcela que realmente enseja pedido de restituição, por pagamento indevido ou em duplicidade, existem outras parcelas pleiteadas pela Requerente que não se tratam de restituição propriamente dita como, por exemplo, deixar de lançar o crédito na conta-gráfica do diferencial de alíquota pago relativamente às aquisições para o ativo imobilizado.

No caso dos autos, o pedido de restituição foi protocolado em 30/04/2004, fls. 03 do PTA 16.104867-94 – PTA-1 – e compreende os valores de recolhimento de ICMS tidos como indevidos, no período de 01/11/1996 a 29/02/2000.

Após análise, o Fisco defere parcialmente o pedido da Requerente, com minuciosa motivação, deferindo-lhe a restituição da importância de R\$6.048.631,94 e indeferindo o restante, no montante de R\$14.333.853,00.

Passados cerca de doze meses do deferimento parcial da restituição, a Requerente apresenta Impugnação relativamente à parcela do montante indeferido, pedido autuado em outro PTA de nº 16.151739-21 – PTA-2 – que se encontra apensado ao PTA-1, ao argumento de que do montante pleiteado de Janeiro/97 a Fev/00 (computados em duplicidade) e Nov/06 a Dezembro/06 (por falta de motivo legal) faria juz à restituição do ICMS, conforme documento autuado às fls. 02 do PTA-2.

O Fisco observa à fl. 08 do PTA-2 que as planilhas apresentadas no pedido de revisão da restituição são as mesmas apresentadas por ele (Fisco), conforme Anexo 8 à fl. 2354/2582 do PTA-1.

Quanto ao pedido de restituição formulado, se, por um lado, o Fisco afirma que o direito do contribuinte pleitear a restituição decai no prazo de cinco anos, a contar da data do pagamento (art. 168, inciso I, do CTN c/c o art. 3º da LC 118/05), a Requerente apresenta entendimento no sentido de que o prazo para pleitear a restituição do ICMS recolhido indevidamente é de 10 anos (5 anos + 5 anos).

Na verdade, o cerne da questão consiste em se determinar qual é o prazo que o contribuinte possui para pleitear a devolução de quantias pagas indevidamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, por reconhecer existirem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do marco inicial para a decadência na restituição de ICMS e considerando que no mérito, se demonstrado não existir direito à Requerente quanto ao crédito que alega possuir, de nenhuma valia será a discussão do prazo para pleitear a restituição.

Neste sentido, passa-se a analisar, primeiramente, o argumento de falta de motivo legal.

Relativamente à falta de motivo legal para o pagamento do diferencial de alíquota nos meses de novembro e dezembro de 1996, ressalta-se que o art. 2º, inciso II do RICMS/96 e o art. 5º, item 6 da Lei 6763/75 previam e prevêm a incidência do ICMS na entrada em estabelecimento de contribuinte, em operações interestaduais, de mercadorias destinadas a uso, consumo e ativo fixo, nos seguintes termos:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

(80) 6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(80) Efeitos a partir de 01/11/96 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 8º, ambos da Lei nº 12.423, de 27/12/96 - MG de 28.

A regra de incidência contante do art. 2º, inciso II do RICMS/96 é a mesma da lei.

Cita-se outros dispositivos da legislação tributária estadual, a fim de demonstrar a previsão de cobrança e a forma de aplicação da alíquota.

LEI 6763/75 - ALÍQUOTA

Art. 12 - (...)

§ 1º - Em relação a operações e prestações que destinem mercadorias e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se á:

(26) a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto.

(26) b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte.

(45) § 2º - Na hipótese de operação ou de prestação interestadual que tenha destinado

mercadoria ou serviço a contribuinte domiciliado neste Estado, na condição de consumidor ou usuário final, fica este obrigado a recolher o imposto resultante da aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual que houver incidido sobre aquela operação ou prestação.

45) Efeitos a partir de 01/01/93 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 33 da Lei nº 10.992, de 29/12/92 - MG de 30.

O art. 43, § 1º do RICMS/96 tinha disposição de mesmo alcance jurídico do acima.

Ora, os dispositivos da legislação tributária estadual derivam do comando constitucional que prevê repartição de receita de parcela do ICMS ao Estado-membro consumidor, conforme art. 155, § 2º, inciso VII, alíneas “a” e “b”.

Como se vê, tanto a Lei 6763/75, quanto o Regulamento do ICMS – RICMS/96 previam a cobrança do diferencial de alíquota no período compreendido entre novembro e dezembro de 1996.

Assim, sem razão a Requerente quando alega falta de motivo legal para o pagamento do ICMS do diferencial de alíquota no período retro referido.

O direito ao crédito da parcela do DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, cujo pagamento ocorreu entre 01/97 e 06/98.

Verifica-se que, no período supra mencionado, a Requerente tinha direito de lançar na conta-gráfica, a título de crédito de ICMS, os valores recolhidos a título de diferencial de alíquota.

Agora, a Requerente solicita restituição a título de pagamento indevido de ICMS – a maior – em face do não aproveitamento de créditos a que tinha direito à época própria, lançando-os extemporaneamente nos meses de AGO/SET/OUT de 2003.

Na mesma oportunidade, foi também solicitada a restituição de outros valores, **inclusive de valores pagos em duplicidade, com deferimento parcial do pedido**, após análise minuciosa do Fisco, naquilo que ficou demonstrado o erro, conforme quadros de fls. 2332/2582, que compõem os Anexos de 1 a 8.

Observa-se pelos anexos elaborados pelo Fisco que foram deferidos valores relativos aos pagamentos a maior do ICMS, no período de 01/1997 a 28/02/2000, Anexo 5, fls. 2348/2349. O quadro de fls. 2332, Anexo 1, traz a síntese consolidada do pagamento efetuado a maior pela Requerente.

O Anexo 7, fls. 2352/53, chamado de IMPOSTO APROVEITADO PELA EMPRESA NA RECOMPOSIÇÃO DOS CRÉDITOS, segundo o Fisco, refere-se a valores que foram informados pela Requerente na planilha “Resumo ref. Pagamento a Maior de Diferencial de Alíquota”. Trata-se de valores que a empresa utilizou para compor o total de crédito informado nas DAPIs dos períodos mencionados nos quadros, quando da reelaboração dos créditos totais de ICMS apropriados pela empresa, para apresentação ao Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao pedido de revisão feito pela Requerente, o Fisco na Manifestação Fiscal de fls. 03/14 e quadros de fls. 15/168, e na de fls. 342/348 e quadros de fls. 349/352 faz análise do referido pedido de revisão.

Importante frisar, como o Fisco manifesta nas fls. 344/345, que o pedido de restituição deve vir acompanhado dos quadros e documentos que lhe dão suporte.

Todavia, como se verifica dos autos, as várias manifestações e deferimentos parciais de restituições deveram-se à apresentação parcial das provas.

Ora, em um pedido de restituição, como o dos autos, os quadros apresentados devem vir acompanhados dos documentos que lhe dão suporte, ainda que por amostragem. A Requerente apresentou um pedido genérico ao Fisco, sem apresentar os documentos que demonstrassem o seu direito a ser reconhecido pelo Fisco.

Evidentemente que o requerimento da Impugnante poderia ter ensejado a inépcia do pedido em face das planilhas prolixas e pouco didáticas, além da falta da documentação comprobatória dos fatos. A importância paga indevidamente tem de ser demonstrada de forma objetiva, **em planilha enxuta e completa**, para que se possa fazer a conferência dos valores.

Neste sentido, embora se trate de decisão em processo de execução, mas cujo conteúdo aplica-se aos autos, a decisão do TJ/MG sobre a necessidade de planilha esclarecedora, e não superficial, teve a inicial inepta. O processo em questão tratava de restituição de ICMS, cujo direito fora reconhecido a Empresa exequente pelo STF. No acórdão, Processo nº 1.0024.05.576330-4/001(1), o Desembargador relator Kildare Carvalho deixou consignado:

No caso dos autos, não obstante ser dispensável o procedimento complementar do processo de cognição para apuração do quantum debeatur, restou comprometida a conferência dos valores apresentados pela apelada.

Isto porque, na resumida planilha, que faz parte do corpo da petição inicial acostada às fls. 720, a apelada não traz de forma discriminada os valores pagos, cujo direito de restituição fora reconhecido, não se declinou o valor nominal do débito, limitando-se a apresentar o valor da execução em maio de 1997 e abril de 2005, e o percentual taxa selic, juros de mora, perfazendo a quantia total de R\$8.612.792,45.

Com efeito, resulta da análise da memória apresentada que não está esclarecida a importância cobrada, eis que a planilha se deu de forma superficial, sem discriminar as parcelas pagas originalmente, com as respectivas datas, inviabilizando, portanto, prosseguimento da execução.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido já se decidiu à luz do art. 604 do CPC: "Em se tratando de execução, por quantia certa, incumbe ao credor acostar à inicial a memória discriminada ou atualizada do cálculo ou com o demonstrativo do débito, conforme preceituam os arts. 604 e 614, II, do CPC. Esse demonstrativo discriminado e atualizado é alçado à condição de pressuposto essencial a instaurar o processo executivo" (RT: 775/381)

Em conclusão: incompleta a planilha apresentada pela apelada, deve ser considerada inepta a inicial, posto que o demonstrativo da dívida é parte integrante da exordial do processo de execução.

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo a sentença, para julgar procedentes os embargos do devedor, prejudicado o recurso de apelação.

Contudo, nos autos sob análise, o Fisco, em busca da verdade material e por vislumbrar direito à Requerente, optou por fazer a análise do pedido e elaborar os quadros e anexos, solicitando à Requerente a juntada das notas fiscais, por diversas vezes, que comprovassem o direito pleiteado.

Assim, além dos valores restituídos no PTA-1, foram deferidos à Requerente, a título de restituição, o valor de R\$ 102.260,11, conforme despacho de fls. 169 do PTA-2, e o valor de R\$720.187,89, conforme Manifestação do Fisco às fls. 348 e Ofício de fls. 383.

Desta forma, o Fisco devolveu à Requerente todos os valores a que ela tinha direito à repetição de indébito.

Por outro lado, é importante deixar consignado que não se discute o direito líquido e certo ao crédito de ICMS da Requerente nas hipóteses de pagamento da diferença de alíquota, relativamente aos bens destinados ao ativo imobilizado.

Todavia, a Lei Complementar 87/96, art. 23, parágrafo único, prescreve:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.

Ora, os créditos relativamente às notas fiscais que deram origem ao diferença de alíquota, que foram pagos pela Requerente pela entrada das mercadorias em seu estabelecimento, no primeiro dia útil do mês subsequente, **não foram** utilizados

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por ela no prazo legal previsto na legislação tributária, não cabendo restituição, mas, sim, apropriação extemporânea, dentro do prazo decadencial do parágrafo único do art. 23 da LC 87/96.

Neste sentido, os créditos que a Requerente alega ter direito já estavam fulminados pela decadência quando foram lançados na sua conta-gráfica, conforme DAPIs apresentadas em AGO/SET/OUT de 2.003, em face da regra específica constante do acima citado art. 23, parágrafo único da Lei Complementar 87/96.

De outro modo, os valores cuja restituição foi proposta pelo Fisco devem ser acatados pela Câmara de Julgamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, para deferir a Restituição, nos termos da Manifestação Fiscal de fls. 347/348 e quadros de fls. 349/350. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 29 de abril de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator