

Acórdão: 17.661/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119384-71
Impugnante: Zebu Carnes Supermercados Ltda
PTA/AI: 16.000153107-08
Inscr.: Estadual: 701696018.00-32
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição de valor recolhido e/ou informado a maior da não observância da alíquota correta por mercadoria em razão no novo sistema de processamento de dados, sendo aplicada alíquota maior do que a devida. Não comprovado pela Impugnante ter assumido o encargo financeiro e não estando autorizada pelos contribuintes de fato a pleitear restituição, nos termos do artigo 166 do CTN, correto o indeferimento do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Impugnante pleiteia o direito a restituição de valores declarados e/ou recolhidos, a maior, no período de Outubro/05 a Julho/06, com a compensação de débitos existentes a título de ICMS, em especial dos constantes nos autos de infração n^{os} 03.000319363.55 (30/06/06) e 03.000319496.35 (29/09/06), sob o fundamento de que em virtude da implantação de um novo sistema de informática, no período citado, ocorreu um erro no cadastro de tributação, relativo aos produtos da cesta básica, ou seja, informando alíquotas de 18% , ao invés de 7% ou 12%, bem como 12% em lugar de 7%, fato constatado, pela própria, junto aos seus pontos de venda (PDV).

Igualmente, requer o cancelamento de Autos de Infração sobre omissos de recolhimento nos meses de Abril/06 a Agosto/06, visto que os mesmos atingem os períodos que ensejam restituição e compensação.

Em despacho de fls. 85, o Delegado Fiscal de Uberaba indeferiu o pedido, com base no não atendimento do disposto no §2º do art. 36 da CLTA/MG.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação ao despacho supracitado, fls. 88/105, propugnando pela restituição do ICMS pago a maior, compensando-o com débitos próprios de ICMS, na forma que descreve.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 290/294, propondo o indeferimento da restituição pleiteada pela Requerente e, por consequência, a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A presente decisão contempla na sua motivação o conteúdo da Manifestação Fiscal apresentada, com adequações, como segue.

Inicialmente, é importante ressaltar sobre o destaque a maior de ICMS, que:

1) nos períodos de Outubro/05 a Maio/06 o imposto foi recolhido pelos valores declarados em DAPI, um total de R\$ 236.835,32 (fls. 13/140) dos quais se pleiteia a restituição no montante de R\$ 148.679,81, esclarecendo-se que, no mês de Abril/04, a Impugnante foi autuada como omissa de ICMS (AI 03.000319363.55 - 30/06/06) (fls. 147), em virtude de recolhimento a menor do que o declarado em DAPI;

2) no mês de Junho/06, solicita compensação de ICMS, não recolhido e declarado a maior, no valor de R\$ 19.102,00, incluso na DAPI do referido mês (fls. 13/72/140);

3) no mês de Julho/06, solicita compensação de ICMS, não recolhido e declarado a maior, no valor de R\$ 17.484,30 (fls. 13/140), porém tal valor não se encontra contido na DAPI do referido mês, como pode se verificar pela comparação entre os campos 'ICMS Devido' e 'Saldo devedor do ICMS' do Anexo I (fls. 13/140) com o campo 'ICMS a recolher' da DAPI (fls. 77).

Toda a sustentação da peça impugnatória tem como fulcro central a premissa de que o ônus tributário ocasionado pela majoração indevida de alíquotas sobre as vendas de certos produtos, por meio de seus pontos de vendas, a consumidores, foi suportado pela Impugnante; relacionando como prova, planilhas, cópias de cupons fiscais, DAPIs, DAEs, notas fiscais de entradas e livro de Registro de Saídas, anexados às folhas 109/286.

Em exame das planilhas de custos (fls. 149 a 152), o contribuinte procura evidenciar a seu favor, através de cálculos de composição de preços, que em se mantendo um mesmo valor de venda e variando para maior a carga tributária, estaria *arcando* com este acréscimo e, por conseguinte, diminuindo o seu faturamento.

O Fisco discordou dos argumentos da Impugnante, com razão, ao entendimento de que a majoração errônea da alíquota, por parte do contribuinte-comerciante, é sempre repassada/transferida ao consumidor final (contribuinte de fato) pela sistemática do ICMS, uma vez que o valor relativo ao imposto é parte integrante da sua base de cálculo e, por consequência, do preço de venda. Assim, o contribuinte de direito não é onerado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, sobre a repercussão jurídica e econômica do ICMS, a lapidar lição da emérita Prof^a MISABEL DERZI:

[...] tanto o **ICMS**, quanto o IPI não podem onerar o contribuinte de iure. Destacamos, ainda, que essa afirmação (...) ao contrário, encontra pleno apoio jurídico na Constituição brasileira.

[...] Tal tributo não onera, assim, a força econômica do empresário que compra e vende ou industrializa, porém a força econômica do consumidor, segundo ensina Herting. A rigor, quer do ponto de vista jurídico – pois há expressa licença constitucional para isso – quer do ponto de vista econômico, o imposto **foi modelado para ser suportado pelo consumidor, jamais pelo contribuinte-comerciante.**” (BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11^a ed. Atualizado por MISABEL ABREU MACHADO DERZI. Rio de Janeiro:Forense, 2001, p. 371) (grifos acrescidos)

Assim sendo, não se pode olvidar, no caso vertente, da impossibilidade de atendimento do pleito de restituição em função do que dispõe o art. 166 do CTN/66, que exige a prova da assunção do ônus financeiro ou a autorização do terceiro que o assumiu para o recebimento, nos seguintes termos:

Art. 166 - A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo. (g.n.)

Nesta premissa, ratifica o legislador estadual, em seu art. 36, §2º, CLTA/MG, que preceitua:

Art. 36 - A restituição de importância paga indevidamente a título de tributo ou penalidade depende de requerimento contendo;

(...)

§2º - A restituição de tributos que comportem transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove havê-lo assumido, ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. (g.n.)

A permissão legal do artigo 166 do CTN não foi superada no caso dos autos. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, já em 03 de outubro de 1969, aprovou a Súmula nº 546, com o seguinte enunciado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Súmula 546. Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido, por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo.
(g.n.)

Conclui-se das preleções supracitadas, tendo o ICMS sido, dentro de sua sistemática de cálculo, modelado para ser suportado apenas pelo consumidor, o que é o caso em questão, irrefutável o fato de que, *se o contribuinte (vendedor) deixou de ganhar, devido a um erro, ainda assim, o consumidor não deixou de pagar pelo erro oriundo da majoração de alíquotas sobre as vendas.*

Acrescente-se, que tais planilhas, sem vinculação expositiva e direta com a documentação fiscal, cupons e notas de entradas (fls. 109 a 137), apenas circunstanciadas com valores hipotéticos (genéricos), e ainda, sendo os sistemas de tributação e formação de preços independentes, *não materializam prova* a favor da Impugnante. Nesta linha seguem os tribunais:

RT 638/102, TJSP:

NEGANDO A REPERCUSSÃO, MAS NÃO COMPROVANDO POR LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS, O CONTRIBUINTE ESTABELECE PREMISSE POSITIVA – A DE QUE SEU PATRIMÔNIO FOI ATINGIDO PELOS ENCARGOS FISCAIS – QUE A ELE CABE DEMONSTRAR, POIS QUE FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO (ART. 333, I, DO CPC, C/C O ART. 166 DO CTN). ABSTENDO-SE DESSA PROVA, SERÁ CARECEDOR DA AÇÃO REPETITÓRIA. (GRIFOS ACRESCIDOS)

É pacífico o entendimento do CC/MG, nos processos de restituição de indébito, em que o contribuinte de direito não comprova a assunção do ônus da tributação, nem apresenta autorização de quem o suportou, julgando improcedente a Impugnação.

Neste sentido, veja-se os Acórdãos n.ºs 13.715/00/2ª, 14.826/01/3ª, 16.109/04/2ª, 16.473/04/1ª, 16.886/04/1ª, 16.481/04/3ª e 17.323/05/3ª, tendo este último acórdão, decidido, sobre matéria semelhante, ou seja, *tributação indevida, utilizando como justificativa, erro no sistema de processamento de dados, que resultou na incorreta parametrização da tributação das mercadorias.*

A Impugnante quer ver reconhecido seu direito na forma descrita nos itens “a” e “b” do tópico da Impugnação, relativos à substituição de DAPIs e o livro RAICMS. Entretanto, não lhe assiste razão, visto que o seu direito não é líquido e certo como foi retro demonstrado.

Relativamente à argumentação da Impugnante de que a análise fiscal do *pedido de restituição* carecia de análise e comparecimento “*in loco*”, para que não viesse ela a sofrer restrições e impedimentos em seu *direito líquido e certo*, não lhe assiste razão, haja vista que a matéria é de direito e, ainda, poderia a Impugnante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentar quaisquer documentos que entendesse necessários à apuração do seu direito, conforme prescreve o item 3, art 36 da CLTA/MG, nos seguintes termos:

Art. 36 - A restituição de importância paga indevidamente a título de tributo ou penalidade depende de requerimento contendo:

3) outros documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir, quando esta depender de apuração. (g.n)

Não restando provado que a Impugnante assumiu o encargo financeiro do ICMS pago indevidamente, imposto cuja configuração constitucional não onera o contribuinte de direito e sim o contribuinte de fato (consumidor final), não lhe cabe o direito à restituição pleiteada.

Assim, com razão o Fisco ao indeferir o requerimento de restituição da ora Impugnante.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Jaime Guilherme Pires e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Francisco Alves (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 05/09/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator