

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.871/15/3ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 16.000763625-38  
Impugnação: 40.010138611-07  
Impugnante: Via Varejo S/A  
CNPJ: 33.041260/0947-11  
Proc. S. Passivo: João da Silva Ribeiro Junior/Outro(s)  
Origem: DF/BH-2 – Belo Horizonte

### **EMENTA**

**RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS/ST incidente sobre produtos da indústria de informática e de automação relacionados na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02 em virtude da não utilização, na apuração do imposto, da redução da base de cálculo prevista no item 56, alínea “b”, da Parte I do mesmo Anexo. Entretanto, em face das disposições contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional, haja vista que a Impugnante não comprovou ter assumido o encargo financeiro, bem como não demonstrou estar expressamente autorizada a pedir a restituição por aquele que o suportou, indefere-se o pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 2/4, a restituição dos valores pagos relativos ao ICMS/ST referente ao período de julho de 2010 a dezembro de 2012, ao argumento de não ter observado, no cálculo do imposto devido, a redução da base de cálculo inerente às operações com produtos da indústria de informática e de automação relacionados na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02, na forma prevista no item 56, alínea “b” da Parte I do mesmo Anexo, por ter utilizado a alíquota original interna do produto de 12% (doze por cento) e não a carga tributária de 7% (sete por cento).

A Fiscalização intima a Requerente a comprovar ter suportado o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por esse expressamente autorizado a recebê-la.

A Requerente acosta aos autos (doc. fls. 65/88) autorizações assinadas pelos representantes dos destinatários das mercadorias para o recebimento da restituição do indébito.

A Delegada Fiscal, com fundamento no parecer da Auditoria Fiscal (fls. 91/93) decide pelo indeferimento do pedido.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 95/112 dos autos, contra a qual a Fiscalização manifesta-se nas fls. 159/167.

### **DECISÃO**

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativos ao ICMS/ST, referente ao período de julho de 2010 a dezembro de 2012, ao argumento de não ter observado no cálculo do imposto devido, a redução da base de cálculo inerente às operações com produtos da indústria de informática e de automação relacionados na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02, na forma prevista no item 56, alínea “b” da Parte I do mesmo Anexo, por ter utilizado a alíquota original interna do produto de 12% (doze por cento) e não a carga tributária de 7% (sete por cento).

Necessário trazer à baila a legislação inobservada quando da emissão dos documentos fiscais, item 56 do Anexo IV do RICMS/02, que assim dispõe:

56 - Saída, em operação interna, de produtos da indústria de informática e de automação relacionados na Parte 9 deste Anexo e fabricados por estabelecimento industrial que atenda às disposições do art. 4º da Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

(...)

b) quando tributada à alíquota de 12%- 41,66 - multiplicador (0,07)

56.1 Para os efeitos do disposto neste item, o estabelecimento fornecedor, exceto quando se tratar de operação acobertada por documento fiscal emitido por equipamento Emissor de CupomFiscal (ECF), constará das notas fiscais relativas à comercialização da mercadoria:

a) tratando-se da indústria fabricante do produto, o número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), conforme o caso;

b) tratando-se dos demais contribuintes, além da indicação referida na alínea anterior, a identificação do fabricante (razão social, números de inscrição estadual e no CNPJ e endereço) e o número da nota fiscal relativa à aquisição original da indústria, ainda que a operação seja realizada entre estabelecimentos comerciais;

O parecer fiscal que motivou o despacho de indeferimento do pedido inicial alicerçou embasamento no descumprimento dos procedimentos do item 56.1 retrotranscrito; na inclusão no pedido de NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) não contempladas na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02; e, no descompasso com as condições estabelecidas no art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN).

A Impugnante contesta o entendimento fiscal aduzindo, em síntese, que se tivesse emitido os documentos fiscais dentro das previsões do citado item 56.1, certamente não teria incorrido em erro e, dessa forma, esse equívoco no procedimento acessório não pode impedir o deferimento do seu pedido; e ainda, que nas NCM divergentes houve a tributação a 18% (dezoito por cento) sendo devido a restituição da diferença para 12% (doze por cento). Por último, que não havendo destaque do imposto no documento fiscal não há repercussão jurídica do encargo financeiro, assim, como suas lojas e CD estão nesta fase da cadeia comercial a autorizaram, formalmente, a receber a restituição pleiteada, satisfazendo as disposições do art.166 do CTN.

Inicialmente cabe destacar a correção no entendimento das partes no que se refere ao atendimento do subitem 56.1 da Parte I do Anexo IV do RICMS/02. Por óbvio, se a Impugnante tivesse observado as disposições do item na emissão dos documentos fiscais não teria aplicado carga tributária superior, como demonstrou. Contudo, é indispensável a comprovação do respeito às normas impostas pela Lei Federal nº 8.248/91 que regula a matéria.

Outros meios de prova deveriam acompanhar o requerimento do indébito tributário na satisfação dos requisitos elencados na normatização. Existem manifestações fazendárias com caráter normativo, inclusive, consulta respondida para a própria interessada, bem como julgados desta Casa, atestando a indispensabilidade de comprovação do respeito aos pressupostos legais para a utilização da carga tributária reduzida na comercialização dessas mercadorias.

Quanto à existência de NCM que não consta na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02, a Impugnante reconhece que o seu pedido inicial não foi claro visto que mencionou apenas o benefício previsto no item 56 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, e que as NCM não constantes do Anexo IV se enquadram em outro benefício, qual seja, a redução da carga tributária para 12% (doze por cento), conforme previsto na subalínea “b.6” do inciso I do caput do art. 42 do RICMS/02.

A Fiscalização identificou que as NCM 8443.32.13, 8443.32.19, 8443.32.99, 8443.39.90, 8517.12.31, 8523.51.90, 8525.20.22 e 8528.72.00 não constam na Parte 9 do Anexo IV, portanto, não fazem jus ao benefício do item 56 da Parte I do Anexo IV do RICMS/02 e que apenas a NCM 8517.12.31 está beneficiada pela alíquota de 12% (doze por cento) prevista no citado dispositivo legal, estando relacionada no item 17.1 da Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02. E assevera na manifestação fiscal:

“Esclarecemos que à época da elaboração do Parecer Fiscal essas divergências foram identificadas. Relacionamos as NCM não constantes na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02 como um argumento a mais para a proposição do indeferimento do pedido de restituição. Contudo, a ocorrência não foi apreciada separadamente por entendermos que, uma vez não atendidas as exigências do art. 166 do CTN, não cabe a restituição.”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que ocorrendo o pagamento, à primeira vista, estaria configurado o direito de pleitear a repetição de indébito.

Entretanto, por ser um tributo indireto, o ICMS integra a sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque em mera indicação para fins de controle, nos termos do § 15 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 e do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96:

Lei nº 6.763/75:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

(...)

Assim, reiterando, em se tratando de tributo indireto a transferência do encargo é presumível, pois esse integra o preço final da mercadoria.

Dessa forma, para fazer jus à restituição, a Requerente tem a obrigação de provar, de forma inequívoca, que assumiu o ônus do imposto ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por esse devidamente autorizada a recebê-la, nos termos do art. 166 do CTN:

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-la;

Nessa linha de entendimento, a aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, da existência da repercussão jurídica do encargo financeiro decorrente do pagamento indevido. Repercussão essa que exige, naturalmente, o envolvimento de duas pessoas, quais sejam, os chamados contribuintes de direito e de fato, e ainda, se na operação considerada havia a obrigatoriedade do destaque do imposto.

Conforme leciona Sacha Calmon Navarro Coelho (Curso de Direito Tributário, 9ª edição, Ed. Forense, RJ, 2006), “quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua constituição jurídica, são feitos

*para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla. Sendo assim, é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo”.*

Prossegue, dizendo que: *“O CTN está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova da não-repercussão, ou então autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte de jure, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.”*

Assim, em obediência ao prescrito no art. 166 do CTN e no § 3º do art. 92 do RICMS/02 e, tendo em vista a não comprovação de que a Impugnante assumiu o encargo financeiro do valor recolhido indevidamente, pondera-se que, somente com a autorização expressa de quem realmente suportou o ônus do tributo pago a maior é que se deve reconhecer o direito à restituição pleiteada.

Constata-se que as mercadorias, objeto do presente pedido de restituição, foram vendidas a consumidor final pelas características dos estabelecimentos da própria Requerente e o interregno do pleito, o que significa que o encargo financeiro encontra-se transferido aos adquirentes.

A Impugnante não traz qualquer outro documento aos autos que comprove que ela tenha suportado o ônus do tributo ou que tenha autorização expressa dos contribuintes de fato para recebê-los.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Júlia Costa Lauretti e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Cindy Andrade Moraes e Bernardo Motta Moreira.

**Sala das Sessões, 21 de outubro de 2015.**

**Eduardo de Souza Assis  
Presidente / Relator**

CL