

Acórdão: 17.323/05/3<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010111652-51  
Agravo Retido: 40.030116394-76  
Impugnante: Leroy Merlin Companhia Brasileira de Bricolagem  
Proc. S. Passivo: Paulo André Rohrmann/Outro(s)  
PTA/AI: 16.000092216-34  
Inscrição Estadual: 186.055800.0030  
Origem: DF/Contagem

### **EMENTA**

**RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Os quesitos propostos revelam-se desnecessários para o deslinde da questão, tendo em vista o disposto no artigo 166 do CTN. Recurso de Agravo não provido. Decisão por maioria de votos.**

**RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição de valor recolhido a maior em virtude da não observância da redução da base de cálculo nas operações de saídas, bem como pela tributação nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime de recolhimento por substituição tributária. 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**

Em 18 de julho de 2003, o contribuinte protocolizou expediente requerendo restituição de indébito, no valor de R\$516.927,83, sob o argumento de tributação indevida de ICMS conforme artigo 26 da Parte Geral – RICMS/MG, nas operações de vendas de mercadorias sujeitas ao Regime de Tributação por Substituição Tributária e tributação a maior nas operações com mercadorias, cujas saídas estão beneficiados com a redução da base de cálculo, Anexo IV do RICMS/MG, utilizando como justificativa erro no sistema de processamento de dados, que resultaram na incorreta parametrização das tributações das mercadorias.

O pleito do contribuinte foi indeferido pelo Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Contagem, conforme despacho e ciência ao contribuinte (fls. 101).

Inconformado, o contribuinte apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 104/115, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 149/152.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal indefere o requerimento de prova pericial (fls. 153), com fundamento no art. 116, inciso I da CLTA/MG, ao argumento de que os quesitos propostos revelam-se desnecessários para a finalidade a que se destinam, tendo em vista o disposto no artigo 166 do CTN.

Inconformada, a Agravante interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 158/165.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

Posteriormente, a Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls.171, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 173/174 e juntada de documentos de fls. 177/452.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 483/489, opina pela improcedência da imputação.

---

### ***DECISÃO***

#### **OBSERVAÇÃO INICIAL:**

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão.

#### **DAS PRELIMINARES**

##### **1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos**

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante/Agravante foi corretamente indeferido pela Auditoria, vez que os quesitos propostos revelam-se desnecessários para a decisão da questão, à vista do disposto no artigo 166 do CTN.

Ainda que se comprove o recolhimento indevido na forma proposta, há de salientar que dentre os quesitos propostos não haverá resposta para a afirmativa de que não recuperou o imposto do contribuinte de fato.

Poder-se-ia argumentar que em vários casos o destinatário, sendo contribuinte do ICMS, poderia apropriar o crédito do ICMS destacado nos documentos fiscais de saída, principalmente os relativos às operações com mercadorias beneficiadas com a redução de base de cálculo. Nesses casos estariam suportando e também repassando o ônus do tributo, nas operações de vendas à consumidor final, vez que o imposto está embutido no preço da mercadoria.

## 2. Quanto ao cerceamento do direito de defesa

Alegou-se a negativa de acesso aos autos, entretanto, o pedido para vistas ao processo se deu no dia 09/07/2004 e prontamente atendido pelo Fisco, conforme Ofício de fls. 157.

O Prazo de 05 (cinco) dias concedidos no despacho de fls. 153, quando do indeferimento do pedido de perícia, é para apresentação do Recurso de Agravo, prazo previsto na CLTA/MG, que disciplina o Processo Tributário Administrativo Mineiro, não sendo, em momento algum, cerceado o direito de defesa do contribuinte, mesmo porque todos os documentos autuados nos autos, até aquele momento, era de conhecimento das partes.

### DO MÉRITO

Trata-se o presente PTA de pedido de restituição de indébito, no valor de R\$516.927,83, relativo ao período de maio/00 a fevereiro/02, tendo em vista problemas de configuração no sistema de processamento de dados que resultaram na incorreta parametrização da tributação, acarretando tributação nas saídas em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como tributação a maior nas operações com mercadorias alcançadas pela redução da base de cálculo, tributando-as integralmente.

O ICMS tem como fato gerador uma hipótese prevista em lei, e na maior das vezes, este fato é praticado pelo próprio sujeito passivo (contribuinte), inexistindo instrumento jurídico que lhe outorgue o direito subjetivo de exigir de terceiro o tributo pago, sendo o seu ressarcimento feito na livre negociação entre o vendedor e o comprador, e nesses casos existe simplesmente repercussão econômica.

A Agravante/Impugnante é empresa comercial que pratica fatos geradores do ICMS com repercussão econômica, sendo contribuinte de direito e, seus clientes, suportando de fato o ônus da tributação, são os contribuintes de fato.

Em sua defesa a Impugnante/Agravante afirma que não recuperou dos contribuintes de fato o respectivo quantum restituível, entretanto, pela própria natureza do imposto, o valor deste está incluído no valor da mercadoria, e não consta dos autos provas de suas alegações.

Quando do indeferimento do pedido de restituição com as motivações apresentadas pelo Fisco, no tocante à repercussão econômica do ICMS, a Impugnante limitou-se a afirmar que não repassou o ônus do imposto e, nesse caso, teria arcado com todo o custo adicional, mas não apresenta documentos que comprovem.

O fato de o Fisco manusear os livros e documentos fiscais para verificar o pagamento a maior do ICMS não exclui a obrigação do contribuinte de provar que assumiu o ônus, ou no caso de tê-lo transferido, estar autorizado para ressarcir-se do imposto pago indevidamente. Quando muito poderia confirmar que os valores pagos a maior estavam de acordo com os apresentados no pedido restituição.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A afirmativa da Impugnante/Agravante de que o erro estaria relacionado com problemas de configuração do sistema de processamento de dados também deve ser visto com restrições, inclusive com uma auditoria de sistema, vez que um mesmo produto apresenta tributação com alíquotas diferentes e o produto cimento cauê, nas operações de saída, está tributado a 18% e também com informação de tributação “ST”.

Ainda, algumas mercadorias recebidas em operações de transferência, sujeitas ao regime de substituição tributária, foram acobertadas pelas notas fiscais relacionadas nas fls. 173/174 sem destaque do ICMS/ST o que jogaria por terra a afirmativa de existência de bitributação.

A Instrução Normativa DLT/SRE n ° 03, de 22 de dezembro de 1992, ao tratar de evidente erro de fato, esclarece que é aquele ocorrido na escrituração dos livros ou no preenchimento da guia de arrecadação, que resulta em pagamento a maior do imposto, matéria regulada através dos artigos 92 a 95 do RICMS/02.

Quando a IN DLT/SRE trata da consignação de quantidade de mercadoria ou valor superior ao da efetiva operação os procedimentos são diversos, e tais procedimentos não devem ser comparados com o caso em tela, porque não se trata de operações com valores superiores aos efetivamente praticados.

A decisão, citada pela defesa, favorável ao contribuinte no processo de restituição (Acórdão n ° 15.524/03/2ª), teve como base a comprovação de que os valores requeridos em restituição foram efetivamente estornados no destinatário, com base nos lançamentos correspondentes aos documentos fiscais objeto do pedido no destinatário, através de apresentação de cópias reprográficas dos livros fiscais, autenticadas por cartório público, situação que não se coaduna com a dos autos.

O próprio Impugnante/Agravante reconhece que cabe restituição de indébito quando o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo, quando salienta que a Súmula n ° 71 do STF encontra-se superada pela de n° 546, entretanto somente afirma, não comprova, que não houve a transferência do ônus do tributo.

Não obstante essas considerações, tem-se que o fator principal a impedir o reconhecimento à restituição pleiteada refere-se à questão da repercussão do tributo, ou seja, a Impugnante/Agravante não comprova ter assumido o encargo financeiro do imposto indevidamente pago, nem estar autorizada pelos destinatários a receber a restituição, deixando, assim, de atender o disposto no art. 166 do CTN, bem como norma idêntica constante da legislação tributária estadual – art. 36, § 2º, da CLTA/MG e art. 92, § 2º do RICMS/96, reproduzido no § 3º do art. 92 do RICMS/02:

“A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. A título de exemplo apresentamos os Acórdãos n.º 13.715/00/2ª, 14.826/01/3ª, 16.109/04/2ª, 16.473/04/1ª, 16.886/04/1ª e 16.481/04/3ª.

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. Também em preliminar, por maioria de votos, em negar provimento ao Agravo Retido. Vencida a Conselheira Luciana Mundim da Mattos Paixão que lhe dava provimento. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Paulo André Rohrmann e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

**Sala das Sessões, 19/12/05.**

**Aparecida Gontijo Sampaio  
Presidente**

**José Eymard Costa  
Relator**