

Acórdão: 22.106/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000925576-31
Impugnação: 40.010140091-11
Impugnante: Castro Ernani Supermercados Ltda. - EPP
IE: 001097979.00-85
Proc. S. Passivo: Lucilene Ramos de Lima e Silva/Outro(s)
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS. Pedido de restituição fundado no recolhimento do imposto efetuado indevidamente tendo em vista que as operações com os produtos leite e feijão teriam direito à isenção de ICMS, nos termos dos itens 13 e 191 do Anexo I do RICMS, e foram levadas à tributação. Contudo, para que a restituição seja concedida é necessário o cumprimento dos requisitos determinados pelo art. 166 do Código Tributário Nacional, o que não restou demonstrado nos autos. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

A ora Impugnante protocolou pedido de restituição de ICMS (fls. 02/03), alegando erro de escrituração do ICMS referentes aos produtos leite e feijão que são isentos nos termos dos itens 13 e 191 do Anexo I do RICMS, no período de 06 de agosto a 08 de outubro de 2015.

Do Indeferimento do Pedido de Restituição

Em despacho de fl. 74, o Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Pouso Alegre indeferiu o pedido, com base na manifestação fiscal de fls. 65/73 que opinou pelo indeferimento, nos termos do art. 28, parágrafo único, inciso I, alínea “b” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 – RPTA, por ter não restado comprovado o valor exato do recolhimento indevido do imposto, não tendo as informações juntadas aos autos e as levantadas pelo Fisco, trazido elementos suficientes para se afirmar e garantir a liquidez e certeza da importância a restituir.

Da Impugnação

Inconformada com o indeferimento de parte de seu pedido, a Contribuinte apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação à fl. 76, em resumo, aos seguintes argumentos:

- em 15 de dezembro de 2015 protocolou pedido de restituição de indébito tributário com o fundamento de que os produtos leite e feijão foram tributados na saída

à alíquota de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento), contudo são isentos de ICMS no estado de Minas Gerais, conforme RICMS/MG (Anexo I, itens 13 e 191);

- instruiu seu pedido com recibos de entrega do Sintegra, EFD ICMS/IPI, xerox de todos ECF's do período de agosto a outubro de 2015;

- seu pleito foi indeferido com a alegação de que com os documentos apresentados não foi possível ter clareza sobre o ocorrido e confirmar o valor pleiteado;

- não se conformando com a respectiva decisão e para melhor esclarecer o que está a requerer, apresenta cópia detalhada extraída do EFD ICMS/IPI de cada produto em questão, onde se pode verificar claramente que os produtos foram tributados na saída;

- assim, está amplamente demonstrado seu direito à restituição do indébito.

Ao final, requer seja julgado totalmente procedente seu pedido.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 369/372, refutando os argumentos de defesa, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

- a Impugnante é uma empresa que apura o valor do imposto devido pelo sistema de débito e crédito, tendo como atividade econômica principal o CNAE-F 4711-3/02 - comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – Supermercados;

- o feijão consta como alíquota de 12% (doze por cento) e também como isento;

- os produtos Leites “Cooper Rita” e “Bonolat”, presumem-se produzidos no estado, considerando estar a “Cooper Rita” localizada em Santa Rita do Sapucaí e a “Bonolat – Asperbras Alimentos Lácteos” em Itagipe, ambas em Minas Gerais, segundo pesquisa em site da internet;

- o Feijão DU e Felgran, presumem-se de produção nacional;

- entretanto, não é possível afirmar se os produtos foram fabricados sob a responsabilidade de terceiros;

- ao que parece, as informações anexadas a impugnação são as mesmas resumidas nas planilhas iniciais (fls. 11/61) que trazem o número do ECF, produtos, sua quantidade, dia e valor; para as alegadas alíquotas de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento);

- a Impugnante apenas se limitou a anexar os documentos, sem entretanto demonstrar a exatidão do valor pleiteado.

Ao final, pede a improcedente da impugnação, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição nos termos do parecer.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal de Pouso Alegre que, com fundamento no parecer de fls. 65/73, indeferiu o pedido de restituição apresentado pela ora Impugnante.

Citado parecer traz como “Embasamento Legal” os arts. 92 do RICMS/02 e 28 a 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 – RPTA (fl. 65).

A Impugnante é uma empresa que apura o imposto devido pelo sistema normal conhecido como “Débito e Crédito”, tendo como atividade econômica principal o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - Supermercados (CNAE-F n.º 4711-3/02).

A Impugnante informa, como fundamento para a restituição pleiteada, que por “erro de escrituração de ICMS, os produtos LEITE e FEIJÃO são isentos em Minas Gerais conforme Anexo I, item 13 e 191 do RICMS/MG. Os referidos produtos foram tributados na SAÍDA com ALÍQUOTA de 12% e 18%.” (fl. 03).

Os dispositivos citados nos autos e que dizem respeito à matéria ora tratada trazem as seguintes determinações:

RICMS/02

Parte Geral

Art. 42 – As alíquotas do imposto são:

I – nas operações e prestações internas:

.....
b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

b.1) arroz, feijão, fubá de milho, farinha de milho e farinha de mandioca, quando de produção nacional;

Anexo I

Item 13 - Saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo “A”, “B” ou “C” ou leite UHT (UAT), em embalagem que permita sua venda a consumidor final, produzidos no Estado, promovida por estabelecimento atacadista ou varejista.

.....
Item 191 - Saída, em operação interna, de feijão.

Como pode ser visto no texto acima transcrito, as operações internas com a mercadoria feijão podem ser tributadas pelo ICMS à alíquota de 12% (doze por cento) ou serem isentas do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso dos autos, embora não haja prova efetiva da origem de tal produto, presume-se, pela sua marca, que o Feijão DU e o Feijão Felgran sejam de produção nacional. Esta presunção é também aceita pelo próprio Fisco (fl. 371).

Já para as mercadorias Leites “Cooper Rita” e “Bonolat”, também se pode presumir que estas foram produzidos no estado, como requer a norma isencional, tendo em vista que a “Cooper Rita” está localizada em Santa Rita do Sapucaí/Minas Gerais e “Bonolat – Asperbras Alimentos Lácteos” está localizada em Itagipe/Minas Gerais. Também esta presunção é acatada pelo Fisco (fl. 371).

A Impugnante anexou a Redução Z dos ECFs como comprovação dos valores referentes aos totalizadores de 12% (doze por cento) e 18% (dezoito por cento).

No entanto, apenas com estes dados não é possível verificar os valores indevidamente recolhidos, pois existem outros produtos com a mesma alíquota.

Em relação a este ponto cumpre ressaltar que as informações anexadas junto à impugnação são as mesmas resumidas nas planilhas e documentos iniciais (fls. 11/61) que trazem o número do ECF, produtos, sua quantidade, dia e valor.

Assim, nos termos do art. 28, parágrafo único, inciso I, alínea “b” Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 – RPTA, não restou comprovado o valor exato do recolhimento indevido não tendo as informações trazidas junto à impugnação e nem mesma aquelas levantadas pelo Fisco apresentado elementos suficientes para se afirmar a certeza da importância a restituir.

Neste sentido, veja-se a redação do dispositivo citado:

CAPÍTULO III Do Processo de Restituição

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária ou no Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST a que estiver circunscrito, indicando as informações relativas ao recolhimento indevido e, sempre que possível, o valor a ser restituído.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo o interessado:

I - instruirá o requerimento com:

-
- b) documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir;
-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não bastasse esta situação tem-se, ainda, que os pedidos de restituição devem seguir as regras do art. 166 do Código Tributário Nacional e do art. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 – RPTA.

A possibilidade de restituição do indébito tributário é tratada nos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

.....
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.

Em relação ao art. 165 do Código Tributário Nacional a Doutora Misabel Abreu Machado Derzi, ao atualizar recentemente a consagrada obra de Aliomar Baleeiro – Direito Tributário Brasileiro (12ª edição – Editora Forense), assim se expressa:

Não obstante, o direito à restituição, tendo havido pagamento voluntário de dívida inexistente, consagrado em norma de Direito Civil codificada, acarreta o ônus ao *solvens* de provar o erro, o que já causou profunda polêmica no Direito Tributário, a saber: “*àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*” (art. 877). Alerta ALIOMAR BALEEIRO para o fato de que a norma civil (destinada a proteger a autonomia da vontade, manifesta nas doações e contratos em geral) é inaplicável ao Direito Tributário, em que a compulsoriedade com a instituição *ex lege* do tributo é característica essencial das obrigações.

A matéria, no âmbito da legislação estadual, além do já transcrito art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto n.º 44.747/08, também encontra disciplina no art. 30 do mesmo diploma regulamentador, a saber:

Art. 30. A restituição de indébito tributário relativo a 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.

Verificando-se o art. 30, que, em verdade, contém a mesma regra do art. 166 do Código Tributário Nacional, conclui-se a necessidade do requerente demonstrar ter assumido o encargo do tributo ou, na hipótese de tê-lo transferido a terceiro, estar por este autorizado a receber a restituição.

Em sua impugnação a Defendente não apresentou declarações dos destinatários ou qualquer documento autorizando-a a receber o indébito, na forma ditada pelos dispositivos acima transcritos.

Ademais, em sua impugnação a Defendente também não apresentou provas de que assumiu o encargo do imposto.

Neste ponto cabe a transcrição das lições de Hugo de Brito Machado, em sua obra Comentários ao Código Tributário Nacional – volume III, Editora Atlas, a saber:

Ao estabelecer que o sujeito passivo da obrigação tributária, aquele a quem se atribui o dever de pagar o tributo, pode cobrar o valor respectivo de terceiro, ou reter aquele valor na hipótese de fazer ao terceiro um pagamento, o legislador está criando a repercussão jurídica que, no plano jurídico, efetiva-se sempre. A repercussão econômica, assim, presume-se em face da repercussão jurídica. Daí por que o art. 166 do Código Tributário Nacional diz que a restituição, em se tratando de tributo em relação ao qual existe a repercussão jurídica, *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*. Em face da regra jurídica que autoriza a repercussão, presume-se que esta de fato aconteça, vale dizer, presume-se que efetivamente ocorra a repercussão econômica, de sorte que essa presunção só será afastada mediante prova em sentido contrário.

Voltando ao texto do art. 166 do Código Tributário Nacional verifica-se que a expressão “ *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*.”, indica que a responsabilidade de provar o direito à restituição é de quem alega esse direito.

Veja-se ainda, diante da lição doutrinária retro transcrita, que o caso do ICMS é exatamente aquele em se presume que efetivamente ocorreu a repercussão econômica. Assim, apenas o detentor das informações econômicas pode promover a comprovação exigida pela norma.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também não restou demonstrado nos autos que a Impugnante não tenha transferido os encargos financeiros da exação aos destinatários.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 08 de julho de 2016.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

CC/MG