

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.284/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000403613-53
Impugnação: 40.010129235-91
Impugnante: Lojas Americanas S.A.
IE: 067000218.12-30
Proc. S. Passivo: Márcio da Rocha Medina/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR DO IMPOSTO. Devidamente comprovado o recolhimento em duplicidade do ICMS e que não ocorreu a transferência do encargo financeiro em dobro aos adquirentes, não se aplica o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, sendo legítimo o direito à restituição da parcela indevidamente recolhida ao Tesouro Estadual. Impugnação procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme petição de fls. 02/08, a restituição da importância de R\$ 55.523,81 (cinquenta e cinco mil, quinhentos e vinte e três reais e oitenta e um centavos), atualizada monetariamente, relativa a imposto que entende ter sido recolhido em duplicidade aos cofres públicos estaduais, no período de 2008.

Do Indeferimento

O Delegado Fiscal de Juiz de Fora, em despacho de fl. 56, indefere o pedido de restituição nos termos do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Da Impugnação

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, a Requerente, tempestivamente, por procuradoras devidamente constituídas, apresenta Impugnação de fls. 60/68, em síntese, aos argumentos seguintes:

- tem como atividade a exploração das chamadas "lojas de departamentos", onde realiza, em grande escala, vendas a varejo, normalmente para o público em geral (pessoas físicas não contribuintes do ICMS), possuindo diversos estabelecimentos em todo o território nacional;

- um dos princípios que norteia sua atividade é o de sempre honrar com todas as suas obrigações, inclusive para com as Fazendas Públicas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em que pese todo cuidado no cumprimento de suas obrigações tributárias, promoveu, no período de janeiro a outubro de 2008, venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com o destaque indevido do ICMS (muito embora o imposto já tivesse sido recolhido antecipadamente);

- tais mercadorias (balas, bombons, chocolates, goma de mascar, ovos de páscoa, guloseimas, etc) foram incluídas no regime de substituição tributária, em 1º de novembro de 2007, por meio do Decreto nº 44.648/07, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2008, o ICMS devido nas operações subsequentes com as citadas mercadorias passou a ser pago de forma antecipada;

- tendo em vista que as informações acerca da tributação dos mencionados produtos não foram modificadas em seu cadastro sistêmico, permaneceu promovendo a saída das mercadorias de seu estabelecimento com a incidência do ICMS sobre a operação, ocasionando o recolhimento do imposto em duplicidade;

- deste modo, protocolou Pedido de Repetição de Indébito Tributário que não foi deferido;

- o CC/MG já reconheceu o direito de restituição do imposto em processos semelhantes, os quais foram julgados, por unanimidade de votos;

- todavia, em 1º de fevereiro de 2011, tomou ciência da decisão proferida pelo Ilustre Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora/MG que indeferiu o seu Pedido de Repetição de Indébito Tributário, decisão esta totalmente dicotômica;

- isto porque, ao apresentar o seu Pedido de Repetição de Indébito Tributário, observou todas as exigências determinadas no art. 28 do RPTA, quais sejam, i) indicação das informações relativas ao recolhimento indevido, ii) cópia dos documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir e iii) apresentação de Certidão de Débitos Positiva com Efeitos de Negativa válida;

- no presente caso, a negativa em deferir seu Pedido de Repetição se restringe ao entendimento de que o contribuinte deverá estar a qualquer tempo em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado;

- apesar da alegação dos Auditores Fiscais da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora/MG, possuía Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeito de Negativa, emitida em 27 de dezembro de 2010, como validade até 27 de março de 2011;

- o prazo de validade da Certidão de Débitos Tributários é de 90 (noventa) dias, conforme se depreende do art. 218 do RPTA;

- na data em que protocolou o Pedido de Repetição do Indébito Tributário em questão, a Certidão de Débitos Tributários encontrava-se sem débitos em aberto, mas a admissibilidade do Pedido apenas foi analisada em 10 de janeiro de 2011, isto é, 13 (treze) dias após o seu protocolo, no dia 28 de dezembro de 2010;

- o que deve prevalecer é a situação no momento da apresentação do pedido;

- a r. decisão proferida pelo Ilustre Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora/MG não observou a legislação mineira que atribui a validade de 90 (noventa) dias para Certidão de Débitos Tributários;

- considerando que de fato assumiu o ônus do tributo recolhido indevidamente por ocasião da saída das mercadorias sujeitas ao regime de substituição, o referido montante é passível de restituição nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Ao final, requer que a impugnação seja julgada totalmente precedente, a fim de que seja reformada integralmente a decisão proferida pelo ilustre Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal de Juiz de Fora/MG e que seja deferido o seu Pedido de Repetição de Indébito Tributário.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 85/95 refutando o argumento de defesa, resumidamente, nos seguintes termos:

- de acordo com o inciso II do art. 28 do RPTA, a Requerente deverá estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado, fato este que não se verifica nos autos, conforme pode ser comprovado pela Certidão de Débitos Tributários Positiva emitida em nome da interessada (fls. 49/52);

- assim, provada preliminarmente a inaptidão da Requerente em postular a referida restituição simplesmente pelo fato de a mesma não se enquadrar nos requisitos mínimos previstos na legislação tributária para a realização do Pedido;

- cita e transcreve os arts. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA e 166 do Código Tributário Nacional;

- no que tange aos tributos indiretos, deve-se buscar definir e caracterizar as figuras do contribuinte de direito e do contribuinte de fato, pois tais tributos são aqueles cuja carga econômica é transferida para um terceiro que mantém com o sujeito passivo da exação uma relação jurídica qualquer;

- o art. 166 do Código Tributário Nacional faz menção aos tributos que "*por sua natureza*" comportem a translação do respectivo encargo financeiro;

- o ICMS é um tributo indireto por excelência, a ele aplicando-se a regra inserta no art. 166 do Código Tributário Nacional. Assim, a restituição de valores pagos indevidamente pelo contribuinte de direito a título de ICMS somente poderá ser deferida se este comprovar a assunção do ônus do tributo, ou, caso tenha transferido tal ônus, demonstrar que está autorizado pelo contribuinte de fato a reclamar a restituição;

- cita as Súmulas n.ºs 71 e 546 do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência sobre o tema;

- a Impugnante, tentando provar que não havia efetuado a transferência do encargo financeiro aos seus clientes, anexa cópias de alguns cupons fiscais relativos a vendas efetuadas em dezembro de 2007 e janeiro de 2008, onde verifica-se que não houve alteração no preço por ela praticado;

- os argumentos apresentados não provam em momento algum que não houve a transferência do encargo financeiro, mas, muito pelo contrário, até reforçam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que o encargo foi realmente repassado ao consumidor final, uma vez que não houve alteração no cadastro sistêmico;

- no intuito de provar que o encargo do ICMS não foi repassado ao consumidor final, a Impugnante fundamenta-se exclusivamente no fato de não ter aumentado o preço dos produtos no período compreendido entre janeiro e outubro de 2008 relativamente ao mês de dezembro de 2007, como se tal situação bastasse para comprovar a sua tese;

- o fato de o preço da mercadoria ter permanecido o mesmo não prova nada, pois a determinação do preço de venda final ao consumidor está sujeita a uma infinidade de fatores;

- a Impugnante escolheu de forma tendenciosa as datas de venda e os preços das mercadorias, relacionando apenas os casos em que o preço permaneceu o mesmo;

- os mesmos produtos selecionados pela Impugnante além de outros, porém com vendas realizadas em outras datas no ano de 2008, demonstram que a tese da Impugnante não pode ser aceita (cita exemplos em que o preço aumenta, em que o preço diminui e em que o preço permanece estável);

- pelos exemplos apresentados, fica comprovado, indubitavelmente, que o preço de venda final ao consumidor na verdade é determinado por uma série de fatores e não somente pela aplicação do imposto como tenta argumentar a Impugnante, o que demonstra o quão frágil é a sua fundamentação;

- os PTAs relacionados pela Impugnante, os quais foram julgados procedentes pelo Conselho de Contribuintes, embora se assemelhem ao presente caso, divergem no cerne da questão, qual seja, nos processos relacionados a Impugnante estava apta a pleitear a restituição do imposto, fato que não ocorre no presente caso;

- a decisão proferida pelo Delegado Fiscal de Juiz de Fora/MG não é dicotômica com o Pedido de Repetição de Indébito em questão, pois sustentada pela argumentação de que na data em que o pedido foi protocolado, a empresa não atendia aos requisitos necessários para a restituição do imposto;

- como a Pleiteante não exibiu prova de ter assumido o encargo financeiro do imposto estadual recolhido, nem tampouco apresentou autorização de quem realmente suportou tal ônus para reclamar a restituição, forçoso é convir que à Requerente falece também legitimidade para o pleito em exame.

Ao final, pede seja julgada improcedente a impugnação, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição.

Da Instrução Processual

A 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, exara o despacho interlocutório de fl. 98, para que a Impugnante, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da intimação, comprove cumprir o requisito do inciso II do art. 28 do RPTA/MG (estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa), juntando certidão atualizada e válida. Em seguida, vista ao Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regularmente intimada (fls. 100/101) a Impugnante retorna aos autos e, em cumprimento ao despacho da Câmara, juntando às fls. 104/106, Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeito de Negativa emitida em 16 de maio de 2011.

Em seguida, e também em cumprimento ao despacho da Câmara de Julgamento, foi aberta vista ao Fisco que se manifesta à fl. 107 aos seguintes argumentos:

- em atenção ao despacho interlocutório, a Impugnante apresentou Certidão de Débitos Tributários Positiva com efeito de negativa, demonstrando, portanto, estar apta a postular a restituição objeto do PTA;

- quanto ao mérito, como a Impugnante não exibiu qualquer tipo de prova de ter assumido o encargo financeiro do imposto estadual recolhido, nem tampouco apresentou autorização de quem realmente suportou tal ônus para reclamar a restituição, o que foi amplamente provado pelo Fisco às fls. 91/100, força convir que à Requerente falece legitimidade para o pleito em exame;

- admitir que a Impugnante possa ser ressarcida de lesão que efetivamente não suportou, é compactuar com o enriquecimento sem causa, repudiando o bom direito.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar a impugnação apresentada contra ato do Delegado Fiscal de Juiz de Fora que, em despacho de fl. 56, indeferiu o pedido de restituição de fls. 02/08 referente ao ICMS recolhido em duplicidade, no período de janeiro a outubro de 2008.

Importante destacar que as mercadorias, objeto do pedido, foram incluídas no regime de substituição tributária a partir de 1º de janeiro de 2008, por força do disposto no Decreto nº 44.648, de 1º de novembro de 2007, compreendendo as mercadorias balas, bombons, chocolates, goma de mascar, ovos de páscoa, guloseimas, dentre outras.

O Fisco indeferiu o pedido de restituição conforme despacho de fl. 61, tendo como fundamento o art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 com base no qual para a Requerente pleitear a restituição deveria estar em situação que pudesse ser emitida certidão negativa de débitos para com o Estado.

Desta forma, primeiramente cabe verificar a questão levantada pelo Fisco como motivadora do indeferimento do pedido de restituição.

A Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa apresentada foi emitida em 27 de dezembro de 2010, sendo válida até 27 de março de 2011. Portanto, válida no momento em que a ora Impugnante entrou com seu pedido de restituição.

Ademais, a partir da providência determinada pela Câmara de Julgamento, a Impugnante apresentou nova Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Negativa emitida em 16 de maio de 2011, sendo válida até 14 de agosto de 2011 (fls. 104/106), sendo que o próprio Fisco (fl. 107) afirma que tal certidão se presta a demonstrar estar a Impugnante “*APTA a postular a restituição objeto do PTA.*”.

Veja-se que o próprio Estado de Minas Gerais aceita a Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa em várias situações.

Além do mais, o próprio art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, citado pela Fiscalização como base de sua decisão, não retira a eficácia da Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa para efeito de restituição. Senão veja-se:

Art. 28. O pedido de restituição de indébito tributário depende de requerimento do interessado, protocolizado na Administração Fazendária 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:

a) cópia do comprovante de recolhimento indevido, se for o caso;

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

II - deverá estar em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa para com o Estado, salvo na hipótese de restituição na forma do inciso I do art. 35.

Neste sentido, observa-se que o inciso II do retro transcrito art. 28 traz a exigência de que a empresa esteja “*em situação que possa ser emitida certidão de débitos tributários negativa*” e não que seja apresentada a certidão negativa. Ou seja, o próprio dispositivo abre um campo para interpretação, permitindo a conclusão de que a Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa se preste a embasar o pedido de restituição. Isto se dá pelo fato de que à lei importa a situação em si e não o próprio documento.

Negar validade à Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa apresentada pela Impugnante para efeitos de restituição equivaleria a negar validade à própria informação nela contida, pois, em suma, tal certidão atesta não haver débitos em aberto para com o Estado.

A regra que norteia a exigência consubstanciada no inciso II do art. 28 é a de que não deve ser restituído qualquer valor a quem tenha débito para com o Estado. Esta regra consagra a máxima popular de que “*onde há crédito, não há débito*”. Pensando-se sob este prisma, a Certidão de Débitos Tributários Positiva com Efeitos de Negativa indica não haver débitos exigíveis, assim, não há que se falar em não aceitá-la para fins de restituição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo exposto, não pode ser acolhida a tese do Fisco de que a Impugnante estaria preliminarmente inapta para restituição pleiteada.

Voltando-se ao mérito do pedido, tem-se dos autos que, conforme narrado no pedido inicial, a partir de 1º de janeiro de 2008, a Impugnante passou a recolher o ICMS/ST na aquisição de balas, bombons, chocolates, goma de mascar, ovos de páscoa, guloseimas, dentre outros, em atendimento ao disposto no Decreto nº 44.648/07.

Paralelamente, no entanto, as saídas de tais produtos foram regularmente tributadas com a alíquota de 18% (dezoito por cento), uma vez que o chamado “cadastro sistêmico” da Impugnante não foi alterado a tempo e modo.

Assim, até a alteração do citado cadastro, o ICMS foi recolhido na entrada, por substituição tributária, e na saída da mercadoria, com apuração normal pelo sistema de débito e crédito, razão pela qual se requer a devolução dessa última parcela.

O Fisco, em sua manifestação quanto ao mérito, sustenta o indeferimento do pedido com base nos arts. 30 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08 e 166 do Código Tributário Nacional – CTN, que dizem respeito à transferência do encargo financeiro do tributo ao adquirente do produto.

A ora Impugnante discorda da posição do Fisco reiterando as provas apresentadas, e buscando demonstrar que não efetuou a transferência do encargo financeiro aos seus clientes, pela anexação de cópias de alguns cupons fiscais relativos a vendas efetuadas em dezembro de 2007 (período em que os produtos eram tributados normalmente) e janeiro de 2008 (período em que os produtos passaram a ser tributados pelo regime de substituição tributária), onde verifica-se que não houve alteração no preço por ela praticado. Afirma também que apesar da mudança de tributação dos produtos, seu cadastro sistêmico não foi alterado e as mercadorias continuaram a ser vendidas com a incidência de ICMS.

A Impugnante afirma que a transferência de encargo ocorrera apenas em relação à regular tributação, mas não no tocante ao recolhimento em duplicidade. Para sustentar a sua afirmativa, apresenta cópias de documentos fiscais que demonstram que o preço praticado, antes e depois da entrada em vigor do regime de substituição tributária, era o mesmo, comprovando, segundo seu raciocínio, que não ocorreu a duplicidade de incorporação do ICMS ao preço.

O Fisco, por sua vez, apresenta uma chamada pesquisa mais ampla, afirmando que após um decurso maior de tempo, o preço ora diminuiu, ora aumentou ou mesmo permaneceu idêntico ao longo do período de janeiro a outubro de 2008.

Assim, cumpre à Câmara verificar se o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional se aplica, ou não, à hipótese dos autos.

Para tanto, vale transcrever o citado art. 166, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Saliente-se que, em matéria de restituição de valores indevidamente pagos a título de tributos, a regra geral é que a legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito – administrativa ou judicialmente – é do sujeito passivo da obrigação tributária, vale dizer, aquele a quem é atribuída a responsabilidade legal pelo recolhimento do tributo, mas que, ao fazê-lo, comete erro de direito ou de fato do qual resulte pagamento total ou parcialmente indevido, seja por falta de previsão legal da obrigação, seja porque legalmente prevista, porém quantificada em excesso. É o que se depreende do disposto no art. 165 do Código Tributário Nacional.

Nas hipóteses em que a restituição se refira a tributos que, por sua natureza, comportem transferência do respectivo encargo financeiro, no entanto, por força do já citado art. 166 do mesmo Código, somente detém legitimidade ativa para o pedido aquele que comprove haver suportado o encargo financeiro do pagamento indevido ou, caso o tenha transferido a terceiro, estiver por este expressamente autorizado a receber a restituição.

O art. 166, como já visto anteriormente, é exatamente a base em que se fundou o Fisco para indeferir a restituição aqui tratada.

Apesar da complexidade que o tema encerra, já que, em última análise, o encargo financeiro relativo a todos os tributos, dentro das regras de mercado, são direta ou indiretamente repassados aos adquirentes dos bens, mercadorias e serviços, e não obstante a ausência de um critério seguro para se definir juridicamente quais são os tributos “*que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro*”, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que, com tal redação, o Código Tributário Nacional acolheu no campo do Direito Tributário conceito tradicionalmente adotado pelas Ciências das Finanças e da Economia para classificar os tributos em indiretos ou diretos, na medida em que os respectivos encargos financeiros sejam ou não suportados pelos chamados contribuintes de fato ou de direito.

Neste sentido, o magistério de Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário – 9ª ed., Forense, RJ, 2006, 2ª t., p. 815/817), para quem:

“(....) a teoria da translação do ônus fiscal, bem estudada em seu aspecto econômico na Ciência das Finanças, é extremamente complexa. Os financistas são unânimes na assertiva de que todos os tributos incidentes sobre organizações econômicas, inclusive o imposto de renda e os patrimoniais, são trasladáveis mediante o mecanismo dos preços e dos contratos. De igual modo, muita vez, as condições de mercado, estruturais ou conjunturais, forçam os agentes econômicos ao fenômeno da *absorção dos custos fiscais*.

.....
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.”

Prosseguindo em suas lições, e após asseverar que o certo é distinguir entre a repercussão econômica e a jurídica, o ilustre Professor cita Vitório Cassone (“Aspectos Práticos do ICM em sua Atualidade”, *DCI* de 14.01.1983), que há muito já afirmara:

“Assim, quando o art. 166 fala em tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, está referindo-se aos tributos lançados (efetivamente destacados) no documento fiscal em que o contribuinte (de direito) arrecada-o do adquirente (ou do chamado contribuinte de fato) e o recolhe ao sujeito ativo.”

No âmbito jurisprudencial, também há muito o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre o assunto, como afirmado na manifestação do Fisco nos presentes autos. Primeiro, por meio da Súmula n.º 71, editada em 1963, portanto, antes mesmo do Código Tributário Nacional, segundo a qual era incabível a restituição de tributos indiretos, mesmo havendo pagamento indevido. Posteriormente tal entendimento foi modificado, com a edição da Súmula n.º 546, cujo verbete é o seguinte:

“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.”

Conquanto editada já na vigência do art. 166 do Código Tributário Nacional, a Súmula n.º 546 também tem como precedentes decisões anteriores à existência do antigo ICM, duas delas relativas ao IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações) e a outra sobre uma taxa, cobrada exclusivamente pelo Estado do Espírito Santo, consubstanciada no acórdão proferido no RE n.º 45.977, cuja Ementa e excertos do voto condutor prolatado pelo então Ministro Aliomar Baleeiro, relator, são abaixo reproduzidos:

“REPETIÇÃO DE IMPOSTO INCONSTITUCIONAL – EM PRINCÍPIO, NÃO SE CONCEDE A DO TRIBUTO INDIRETO NO PRESSUPOSTO DE QUE OCACIONARIA O LOCUPLETAMENTO INDÉBITO DO CONTRIBUINTE DE JURE.

- MAS ESSA REGRA, CONSAGRADA PELA SÚMULA Nº 71, DEVE SER ENTENDIDA EM CASO CONCRETO, POIS NEM SEMPRE HÁ CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DIAGNOSTICAR-SE ÊSSE LOCUPLETAMENTO.

- FINANCISTAS E JURISTAS AINDA NÃO ASSENTARAM UM STANDARD SEGURO PARA DISTINGUIR IMPOSTOS DIRETOS E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INDIRETOS, DE SORTE QUE, A TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS, ÀS VÊZES, É MATÉRIA DE FATO, APRECIÁVEL EM CASO CONCRETO.

QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA PSEUDO "TAXA DE FOMENTO DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA E INDUSTRIAL" DO ESPÍRITO SANTO, NÃO HÁ QUALQUER DÚVIDA.

RESTA A CONTROVÉRSIA SÔBRE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA REPETIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS, TESE QUE TEM O AMPARO DA SÚMULA Nº 71.

ENTENDO QUE ESSA DIRETRIZ NÃO PODE SER GENERALIZADA. HÁ DE SER APRECIADA EM CADA CASO CONCRETO, PORQUE, DE COMÊÇO, DO PONTO DE VISTA CIENTÍFICO, OS FINANCISTAS AINDA NÃO CONSEGUIRAM, DEPOIS DE 200 ANOS DE DISCUSSÃO, DESDE OS FISIOCRATAS DO SÉCULO XVIII, UM CRITÉRIO SEGURO PARA DISTINGUIR O IMPÔSTO DIRETO DO INDIRETO.

O MESMO TRIBUTO PODERÁ SER DIRETO OU INDIRETO, CONFORME A TÉCNICA DE INCIDÊNCIA E ATÉ CONFORME AS OSCILANTES E VARIÁVEIS CIRCUNSTÂNCIAS DO MERCADO, OU A NATUREZA DA MERCADORIA OU A DO ATO TRIBUTADO.

À FALTA DE UM CONCEITO LEGAL, QUE SERIA OBRIGATÓRIO AINDA QUE OPOSTO À EVIDÊNCIA DA REALIDADE DOS FATOS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INCLINA-SE A CONCEITOS ECONÔMICO-FINANCEIROS BASEADOS NO FENÔMENO DA INCIDÊNCIA E DA REPERCUSSÃO DOS TRIBUTOS INDIRETOS, NO PRESSUPOSTO ERRÔNEO, DATA VENIA, DE QUE, SEMPRE, ÊLES COMPORTAM TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS DO CONTRIBUINTE DE JURE PARA O CONTRIBUINTE DE FACTO.

Observando tratar-se de matéria infraconstitucional, várias são as decisões judiciais definitivas a respeito, tomadas por diversos tribunais, sendo que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o seguinte entendimento sobre a aplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional:

“EMENTA:

II. TRIBUTOS QUE COMPORTEM, POR SUA NATUREZA, TRANSFERÊNCIA DO RESPECTIVO ENCARGO FINANCEIRO SÃO SOMENTE AQUELES EM RELAÇÃO AOS quais A PRÓPRIA LEI ESTABELEÇA DITA TRANSFERÊNCIA. SOMENTE EM CASOS ASSIM APLICA-SE A REGRA DO ART. 166 DO CTN, POIS A NATUREZA A QUE SE REPORTA TAL DISPOSITIVO LEGAL SÓ PODE SER A JURÍDICA, QUE É DETERMINADA PELA LEI CORRESPONDENTE E NÃO POR MERAS CIRCUNSTÂNCIAS ECONÔMICAS QUE PODEM ESTAR, OU NÃO, PRESENTES, SEM QUE SE DISPONHA DE UM CRITÉRIO SEGURO PARA SABER QUANDO SE DEU, E QUANDO NÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SE DEU, ALUDIDA TRANSFERÊNCIA. (...) (STJ. AGRESP 224586/SP. REL.: MIN. JOSÉ DELGADO. 1ª TURMA. DECISÃO: 16/11/99. DJ DE 28/02/00, P. 57.)”

De toda a doutrina e jurisprudência acima citadas, verifica-se que para a aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional é irrelevante o repasse meramente econômico do encargo financeiro, até porque, independentemente de sua classificação econômica, todo e qualquer tributo poderá, de alguma forma, ser repassado ao consumidor final, na medida que compõem o custo de produção e/ou comercialização.

Importa analisar, pois, se houve ou não a repercussão jurídica do encargo financeiro, assim entendida aquela decorrente e intrínseca ao regime jurídico do tributo, caracterizada pela obrigatoriedade do destaque do imposto na nota fiscal relativa à operação, mediante o qual se dá o repasse do ônus tributário do sujeito passivo da obrigação (contribuinte de direito) para o adquirente do bem, mercadoria ou serviço (contribuinte de fato).

Daí porque a análise da repercussão deve ser feita considerando-se individualmente cada operação realizada entre os diversos agentes econômicos envolvidos na cadeia de produção, circulação e consumo do bem, mercadoria ou serviço, e não apenas na última etapa desta, quando todo o ônus fiscal poderá ser repassado em definitivo para o consumidor final dos mesmos.

Deste modo, para o fim de aferição da repercussão jurídica do encargo financeiro, contribuinte de fato não é necessariamente o consumidor final, mas aquele a quem é transferido o ônus financeiro da tributação incidente na operação promovida pelo contribuinte de direito, independentemente da fase da referida cadeia de circulação econômica em que se dê a operação.

Nesta linha de entendimento, a aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional depende da prévia verificação, em cada caso concreto, se houve a repercussão jurídica do encargo financeiro decorrente do pagamento indevido.

Assim, conclui-se que, não obstante a aplicabilidade do referido dispositivo restrinja-se à seara da restituição dos chamados tributos indiretos, o mesmo não se aplica linearmente a toda e qualquer situação em que se constate o recolhimento indevido de valores a título desses tributos, aí se incluindo o ICMS.

Portanto, mesmo em se tratando de tributos indiretos, há hipóteses em que não há de se falar em repercussão jurídica do encargo financeiro e, conseqüentemente, em aplicação do disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional.

Desta forma, no caso dos autos, sem razão o Fisco. Se o preço permaneceu inalterado, comprovada está a tese da Requerente, no sentido de que apenas uma parcela do imposto fora incorporada ao preço e repassada aos adquirentes.

Por outro lado, se o preço diminuiu, menor encargo fora cobrado dos adquirentes.

A terceira via, quando o preço aumentou, poderia sinalizar um repasse financeiro maior ao preço caso ficasse demonstrado matematicamente a hipótese, e desde que não houvesse majoração do custo de aquisição do produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, resta caracterizado o recolhimento do imposto em duplicidade e o não repasse do encargo financeiro aos adquirentes das mercadorias, razão pela qual não se aplica o disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, devendo-se devolver a quantia indevidamente recolhida, sob pena de locupletamento indevido.

Importante registrar que esta Câmara já decidiu questão semelhante na forma consubstanciada no Acórdão 19.188/11/2ª.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente a Impugnação. Vencidos os Conselheiros Raimundo Francisco da Silva (Revisor) e Bruno Antônio Rocha Borges, que a julgavam improcedente. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Lorena Muniz e Castro Lage. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 27 de julho de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.284/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000403613-53
Impugnação: 40.010129235-91
Impugnante: Lojas Americanas S.A.
IE: 067000218.12-30
Proc. S. Passivo: Márcio da Rocha Medina/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

Voto proferido pelo Conselheiro Raimundo Francisco da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência se restringe, em última análise, à questão da interpretação e aplicação do disposto no art. 166 do CTN.

Não obstante, considero oportuno esclarecer inicialmente o meu entendimento de que o disposto no art. 28, inciso II do RPTA/MG não pode e nem deve ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com o art. 35 do mesmo diploma regulamentar, daí se concluindo que a restituição pode ser deferida mesmo quando o requerente apresentar certidão de débitos positiva, hipótese em que serão compensados os débitos existentes com os valores passíveis de restituição, efetivando-se esta, caso o saldo apurado lhe seja favorável, sob a forma de créditos de ICMS ou em moeda corrente, observadas as condições previstas nos incisos II e III deste último dispositivo.

Reconheço que, diante do disposto no art. 222, inc. I do RPTA/MG (que, em princípio, estaria a condicionar o deferimento da restituição à apresentação de certidão negativa), poder-se-ia até argumentar não ser possível chegar-se à conclusão acima; no entanto, cumpre advertir que o fundamento de validade do mencionado dispositivo – *o inc. I do § 1º do art. 219 da Lei nº 6.763/75, que possuía redação idêntica à sua* – foi revogado expressamente pelo art. 6º da Lei nº 18.550/09, a partir de 04/12/09.

Se não bastasse isso, lembro ainda que, segundo o disposto no parágrafo único do art. 145 da Lei nº 6.763/75 (tanto na redação anterior quanto na atual, esta, aliás, dada pela mesma Lei nº 18.550/09), a restituição pode ser deferida a devedor da Fazenda Pública Estadual, na forma estabelecida pelo regulamento. Confira-se:

Art. 145. O reconhecimento de isenção concedida em caráter individual e o pedido de restituição de indébito tributário serão instruídos de acordo com as exigências legais e regulamentares de cada caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. O regulamento estabelecerá as hipóteses em que se fará a restituição de indébito tributário a pessoa que seja, ao mesmo tempo, devedora de crédito tributário à Fazenda Pública estadual, após a compensação, de ofício, com o valor do respectivo débito, restituindo-se o saldo, se houver. (g.n.)

Assim, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário, e a par da aparente antinomia com o mencionado art. 35 – cujo fundamento de validade é o parágrafo único acima reproduzido, que, diferentemente daquele do art. 222, I, encontra-se em plena vigência –, o inc. I do art. 222 do RPTA/MG não se encontra mais apto a produzir efeitos, eis que, com a revogação expressa do dispositivo de lei que lhe conferia o fundamento de validade, também se encontra revogado, seja tacitamente, seja porque a norma veiculada por lei deve prevalecer sobre a do respectivo regulamento.

Pois bem, voltando à questão do art. 166 do CTN, concordo com os votos vencedores quanto ao entendimento de que em se tratando de restituição relativa a tributos que, tal como o ICMS, comportem por sua própria natureza a transferência do respectivo encargo financeiro, é exatamente por força deste artigo que somente detém legitimidade ativa para o pedido o contribuinte (de direito) que comprove haver suportado o encargo financeiro do pagamento indevido ou, caso o tenha transferido a terceiro, estiver por este expressamente autorizado a receber a restituição.

No caso concreto, é incontroverso que houve o pagamento em duplicidade, posto que alegado pela ora Impugnante e admitido pela própria Fiscalização o fato de que, mesmo já tendo sido tributadas anteriormente pelo regime de substituição tributária, as saídas das mercadorias foram indevidamente submetidas a nova tributação, em decorrência de erro técnico do sistema informatizado do contribuinte.

Deste modo, concordo uma vez mais com os votos vencedores quando asseveram que cumpre à Câmara verificar se o disposto no art. 166 se aplica, ou não, à hipótese dos autos. Discordo, porém, da decisão a que chegou, residindo aí a divergência, embora partindo da mesma premissa dos próprios votos majoritários, qual seja a de que a repercussão aludida pelo dispositivo é de ordem jurídica (e não meramente econômica ou financeira, comum a todos os tributos, independentemente de sua classificação econômica), devendo-se entender com tal aquela decorrente e intrínseca ao regime jurídico do tributo, caracterizada pela obrigatoriedade do destaque do imposto incidente na operação, na nota fiscal a ela relativa, mediante o qual se dá o repasse do ônus tributário do sujeito passivo da obrigação (contribuinte de direito) para o adquirente do bem, mercadoria ou serviço (contribuinte de fato).

Ora, se assim o é, e tendo em vista que a ora Impugnante – ainda que por erro técnico de seu sistema – destacou o ICMS nos documentos fiscais emitidos quando das vendas objeto do pedido de restituição, embutindo-o no preço das mercadorias, obviamente que por si só tal fato já é o suficiente para configurar a repercussão jurídica do ônus financeiro do imposto para os adquirentes, valendo lembrar que tal procedimento não é opção do contribuinte, até porque decorre de disposição legal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

expressa inerente ao regime jurídico do imposto (art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 13, § 1º, inc. I da Lei Complementar nº 87/96).

Com efeito, ao efetuar o destaque do imposto no documento fiscal destinado a acobertar a operação, além de cumprir obrigação acessória legalmente prevista no interesse da arrecadação e fiscalização, o contribuinte efetivamente dá conhecimento formal ao adquirente da mercadoria do ônus financeiro que lhe está sendo repassado a título de tributo, embutido no respectivo preço.

Como também destacado nos votos vencedores, é certo que, não obstante a aplicabilidade do art. 166 do CTN restrinja-se à seara da restituição dos chamados tributos indiretos, o mesmo não se aplica linearmente a toda e qualquer situação em que se constate o recolhimento indevido de valores a título desses tributos.

De fato, no caso do ICMS, toda vez que o contribuinte “de direito” se confundir com o “de fato”, não há de se falar em repercussão jurídica do encargo financeiro e, conseqüentemente, em aplicação do referido dispositivo, entendimento este já assentado pelo Egrégio CC/MG nas reiteradas oportunidades em que apreciou a matéria, envolvendo a exigência da “complementação de alíquota” nas aquisições interestaduais de mercadorias por contribuintes enquadrados nos regimes do então Simples Minas ou do atual Simples Nacional. Constituem ainda exemplos de situações onde não se verifica a repercussão aquelas outras hipóteses em que a incidência do imposto se dá na entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, tal como ocorre na importação de bens e mercadorias e na compra interestadual de bens do ativo ou de uso e consumo.

Todavia, a regra geral é a ocorrência da repercussão, tal como se verifica na situação analisada nos presentes autos. Aqui, repita-se, a repercussão restou configurada de modo incontroverso, eis que consignado nos documentos fiscais emitidos pela própria Requerente.

É bem verdade que a ora Impugnante anexa cópias de alguns cupons fiscais relativos a vendas efetuadas nos períodos imediatamente anteriores e posteriores à mudança do regime de tributação, tentando com isso demonstrar que não transferiu o encargo financeiro aos adquirentes, tendo em vista que os preços mantiveram-se inalterados.

No entanto, penso não lhe assistir razão.

Adotando a linha de argumentação da Fiscalização, entendo que o simples fato de os preços terem se mantido inalterados no período a que se referem os cupons fiscais trazidos pela Impugnante não são suficientes para comprovar a inoccorrência da repercussão, até porque sabidamente os preços são afetados principalmente por uma ampla gama de fatores de mercado completamente estranhos à tributação, motivo pelo qual a mudança de regime tributário não determina necessariamente a variação de preços.

Neste sentido, aliás, como bem demonstra a Fiscalização ao analisar um período mais longo (janeiro a outubro de 2008), não por acaso é possível constatar aumentos e decréscimos de preços das mesmas mercadorias em curto espaço de tempo, mesmo inalterado o regime de tributação, de modo que tão somente a partir dos preços

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de venda praticados não se pode chegar a qualquer conclusão acerca da ocorrência ou não da repercussão do imposto.

No caso em apreço, portanto, apesar dos esforços envidados pela Impugnante para demonstrar que não transferira os encargos da tributação aos seus clientes, restou plenamente configurada a ocorrência da repercussão do encargo financeiro relativo ao imposto indevidamente destacado e recolhido. Assim, para fazer jus ao recebimento da restituição pleiteada, dependeria de autorização expressa daqueles que sofreram o ônus financeiro da repercussão, no caso, os adquirentes das mercadorias, condição esta que também não foi atendida.

Assim, impõe-se o indeferimento do presente pedido de restituição, por não atendidas as condições do art. 166 do CTN, pelo que julgo improcedente a impugnação.

Sala das Sessões, 27 de julho de 2011.

**Raimundo Francisco da Silva
Conselheiro**