

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.939/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000407579-40
Impugnação: 40.010129838-02
Impugnante: Maria das Graças Silva Vieira Bueno Drumond
CNPJ: 02.853425/0001-79
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SIMPLES MINAS – RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA – RECOLHIMENTO INDEVIDO – IN SUTRI/SEF Nº 01/11. Pedido de restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo regime Simples Minas. Entretanto, a Requerente não comprova que a mercadoria, objeto da restituição, estava em estoque no seu estabelecimento na data da protocolização do pedido, conforme previsto no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI nº 01/11. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A Requerente, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Minas até 30/06/07 (Lei nº 15.219/04), pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), no período de fevereiro de 2006 a abril de 2007, ao argumento de que recolheu indevidamente a referida quantia relativamente a aquisições de mercadorias em operações interestaduais.

Apresenta demonstrativo dos valores que entende ter sido recolhido indevidamente (fls. 06/07) e anexa documentação de fls. 08/263 (cópias de DAE, livro Registro de Entradas, SAPI e notas fiscais).

Regularmente instruído, foi o pedido indeferido pela Sra. Delegada Fiscal de Ipatinga/MG, conforme despacho de fls. 269/270, sob o fundamento de que não houve comprovação, pela Requerente, de que tenha assumido o encargo financeiro e, caso o tenha transferido a terceiro, não apresentou autorização expressa para recebê-la, uma vez que o encargo financeiro relativo ao ICMS repercute no preço das mercadorias, sendo assim suportado por quem as adquire.

Inconformada com a decisão, a Requerente apresenta, tempestivamente, a impugnação de fls. 273/281, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 293/297.

Na Sessão do dia 03/11/11 (fls. 302), decidiu a 3ª Câmara de Julgamento, em preliminar, pelo voto de qualidade, em exarar o despacho interlocutório para que a Impugnante juntasse aos autos prova de que a mercadoria relacionada ao valor

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota se encontrava em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição. Em seguida, vista à Fiscalização.

A Impugnante respondeu ao despacho interlocutório (fls. 307/308), informando, em síntese, que:

- não se pode admitir que a nova redação da Instrução Normativa nº 01 (2011) retroaja para impor gravame ao contribuinte, no sentido de exigir que se comprove que a mercadoria se encontrava no estabelecimento na data do pedido de restituição;

- não agregou ao preço da mercadoria a recomposição de alíquota de ICMS, indevidamente recolhida, conforme os documentos constantes nos autos;

- os documentos carreados aos autos deixam claro que o preço da mercadoria não variava de acordo com a carga tributária decorrente de sua aquisição, não sendo plausível o entendimento de que o ônus financeiro repercutiu no preço da mercadoria, sendo repassado ao consumidor final.

- requer que seja julgado procedente o pedido de restituição.

A Fiscalização volta a se manifestar (fls. 311/314) declarando a impossibilidade de elaborar demonstrativo do efetivo valor passível de restituição, uma vez que a Impugnante não juntou, aos autos, prova de que a mercadoria relacionada ao valor indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota se encontrava em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição. Assim, pede pela improcedência da impugnação.

DECISÃO

Trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido a título de recomposição da alíquota (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), prevista no art. 10, Anexo X do RICMS/02 (vigente até 30/06/07), por Contribuinte enquadrado no regime do Simples Minas, sob o fundamento de que não era devido o imposto em relação aos produtos que adquiriu de estabelecimentos industriais fabricantes, localizados em outras unidades da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivaliam naquele período.

O dispositivo retrocitado tinha a seguinte redação:

Anexo X do RICMS/02

Art. 10 - Sobre o valor das entradas no período será aplicada a alíquota interna constante do inciso I do caput do art. 42 deste Regulamento, prevista para a mercadoria ou bem recebido ou adquirido ou para o serviço utilizado.

A respeito do assunto, cabe citar, a título de ilustração, a Consulta de Contribuintes nº 150/07, respondida pela SUTRI/SEF, que dispõe acerca da matéria:

Consulta de Contribuinte nº 150/07

Simples Minas – Recomposição de Alíquota –
COMÉRCIO VAREJISTA – VESTUÁRIO

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, representante de classe sindical, apresenta consulta em nome de uma de suas empresas filiadas, que atua no ramo de comércio varejista de calçados, bolsas, artigos de vestuário, acessórios pessoais e artigos para viagem.

Informa que sua filiada adquire os produtos para comercialização em operações interestaduais e que, em virtude do que dispõe o art. 10 do Anexo X do RICMS/2002, promove a recomposição de alíquota, quando do recolhimento do imposto devido.

Isso posto,

CONSULTA:

1 – Considerando que, em decorrência de lei estadual, as saídas em operações internas de estabelecimento industrial para outro contribuinte dos produtos constituídos por calçados, bolsas e artigos do vestuário tiveram a carga tributária reduzida para 12%, a entrada destes mesmos produtos, em operações interestaduais, adquiridos pela filiada da Consulente diretamente de fabricante, com a alíquota de 12%, obriga a mesma à recomposição de alíquota prevista no art. 10, Anexo X do RICMS/2002?

2 – Caso não esteja sujeita à recomposição de alíquota, como deverá efetuar os lançamentos no SAPI?

3 – Da mesma forma, não estando sujeita à recomposição de alíquota, quais os procedimentos a serem adotados em relação aos valores que a este título foram recolhidos?

RESPOSTA:

Ressalte-se, inicialmente, que as respostas às questões formuladas consideram as operações praticadas até 30 de junho de 2007, tendo em vista a revogação do Anexo X do RICMS/2002 pelo Decreto nº 44.562, de 22/06/2007.

1 – O item 34 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS citado prevê redução da base de cálculo de 33,33% na saída, em operação interna, de vestuário, calçados, bolsas e cintos, promovida por estabelecimento industrial fabricante, resultando em uma carga tributária de 12%.

Para esses produtos, nas aquisições interestaduais de estabelecimento industrial fabricante, em consonância com o disposto no inciso II, § 4º, art. 10, Parte 1, Anexo X, também do RICMS/2002, a empresa filiada à Consulente não estará obrigada a promover a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recomposição da alíquota interna, tendo em vista que, em virtude de lei estadual, a carga tributária prevista para a aquisição interna dos mesmos é igual à praticada na aquisição interestadual.

2 - No campo "Alíquota Interna de Saída" do quadro "Documento Fiscal de Entradas" do SAPI, deverá constar a alíquota interna a ser praticada pela empresa filiada à Consulente, constante do inciso I do art. 42 da Parte Geral do mesmo RICMS/2002, ou seja, 18%. No caso de aquisições de produtos de vestuário, calçados, bolsas e cintos, para as quais há previsão de redução da base de cálculo, nos termos do item 34 do Anexo IV supracitado, deverá ser estornado o valor relativo à diferença entre o imposto destacado na entrada interestadual e o valor do imposto resultante da aplicação da alíquota interna. Para tal fim, a empresa filiada à Consulente utilizará a opção do campo 38, 'Estorno de débito' do programa SAPI, versão 1.01.00, em uso, acessando a opção de 'Apuração', 'Estorno de débito', 'Selecionar', 'Incluir', e informará o motivo 4 (Estorno de valor do ICMS recolhido a maior não previsto nas situações anteriores), identificando os dados do documento e o valor a ser estornado. Tal procedimento anulará a tributação relativa à recomposição da tributação interna.

3 - Havendo recolhimento indevido do ICMS, deverá ser solicitada a sua restituição, observada a forma disposta nos arts. 36 a 41 da CLTA/MG, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84.

O pedido, portanto, foi motivado pelo fato de que, nas operações interestaduais, as alíquotas praticadas pelos remetentes de fora do Estado são idênticas às previstas nas operações internas similares para contribuinte inscrito neste Estado como estabelecimento industrial.

Conforme se depreende da resposta à consulta reproduzida acima, a carga tributária nas operações internas, para os produtos vestuário, calçados, bolsas e cintos, promovidas por estabelecimento industrial fabricante, passou a ser de 12% (doze por cento) por força do item 34 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 (vigência até 26/03/08), reproduzida a seguir:

Item 34 - Parte 1 - Anexo IV do RICMS/02.

Efeitos de 14/01/2006 a 26/03/2008 - Redação dada pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.206, de 13/01/2006.

Saída, em operação interna, de vestuário, calçados, bolsas e cintos, promovida pelo estabelecimento industrial fabricante, com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS. 33,33% 0,12.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, para os contribuintes enquadrados no regime do Simples Minas, deixou de ser obrigatória a complementação da alíquota do imposto, nas aquisições dos citados produtos, quando adquiridos em operações interestaduais diretamente de estabelecimento industrial fabricante localizado em outra unidade da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivalem.

Contudo, é de se observar que, por determinação legal expressa, somente será deferida a restituição caso a Requerente comprove que a mercadoria, objeto da restituição, estava em estoque no estabelecimento na data da protocolização do seu pedido de restituição.

Essa determinação está prevista no art. 4º da Instrução Normativa nº 01/11 SUTRI/SEF, de 12/07/11, que deu nova redação ao art. 4º da IN SUTRI/SEF nº 01/10, nos seguintes termos:

Art. 1º O art. 4º da Instrução Normativa SUTRI nº 1, de 19 de fevereiro de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º Não será objeto de restituição o valor indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota de que trata o § 14 do art. 42 do RICMS pelo contribuinte enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, salvo se comprovado pelo requerente que a mercadoria se encontrava em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se também ao pedido de restituição de valores recolhidos, até 30 de junho de 2007, a título de recomposição de alíquotas nos termos do art. 10 da Parte 1 do Anexo X do RICMS, por contribuinte enquadrado no regime do Simples Minas.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Com vistas a observar a determinação expressa no referido dispositivo da Instrução Normativa, a Impugnante foi intimada (fls. 305/306) a comprovar que as mercadorias para as quais houve o pagamento do imposto (recomposição de alíquota) encontravam-se em estoque no seu estabelecimento na data do pedido de restituição.

Entretanto, a Impugnante se limitou a informar que os documentos e informações constantes nos autos eram suficientes para justificar o pedido de restituição de indébito, não trazendo nenhuma prova da existência das mercadorias em estoque.

Por outro, destaca-se que, por determinação legal prevista no art. 182 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03/03/08, é defeso a este Órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei 6.763/75

Art. 182 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

(...)

RPTA/MG

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Assim, considerando que a Impugnante não comprovou que as mercadorias, objeto da repetição de indébito, se encontravam em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição, associado à proibição a este Órgão de negar aplicação ao dispositivo da instrução normativa em comento, indefere-se a restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a impugnação. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves, que julgavam procedente a impugnação. Participou do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 21 de setembro de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente Relatora**

EJ/R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.939/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000407579-40
Impugnação: 40.010129838-02
Impugnante: Maria das Graças Silva Vieira Bueno Drumond
CNPJ: 02.853425/0001-79
Origem: DF/Ipatinga

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, 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 decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A Requerente, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Minas até 30/06/07 (Lei nº 15.219/04), pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), no período de fevereiro de 2006 a abril de 2007, ao argumento de que recolheu indevidamente a referida quantia relativamente a aquisições de mercadorias em operações interestaduais.

Abreviando a alegação sobre o cabimento da restituição do ICMS, a argumentação que segue é a mais concisa possível:

Para a aplicação do art. 166 do CTN, é irrelevante o repasse meramente econômico do encargo financeiro, até porque, independentemente de sua classificação econômica, todo e qualquer tributo será de alguma forma repassado ao consumidor final, na medida em que compõe o custo de produção e/ou comercialização daqueles.

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).

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

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 pagamento indevido de valores a título desses tributos, aí se incluindo o ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, mesmo em se tratando de tributos indiretos, há hipóteses em que não há repercussão jurídica do encargo financeiro. Tal situação ocorre toda vez que, em razão da natureza da operação, do fato ou da circunstância em que se der o pagamento indevido, ou o contribuinte de direito confundir-se com o de fato, ou quando não houver a obrigatoriedade ou for vedado o destaque do imposto.

Com efeito, é exatamente o que se verifica na recomposição de alíquota do ICMS. Primeiro porque, quando devida, a obrigação nasce e é suportada pelo próprio adquirente da mercadoria em operação interestadual, confundindo-se assim os chamados contribuintes de direito e de fato numa mesma pessoa, pelo que não há um terceiro a quem pudesse ser repassado o encargo financeiro; segundo, porque também não há, naquela situação, a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal, e muito menos o destaque do imposto.

Acrescente-se, ainda, a título de argumentação, o contexto em que se inseria a tributação simplificada à qual se encontrava submetida a Impugnante.

O regime simplificado de tributação denominado Simples Minas, instituído pela Lei nº 15.219/04, vigente no período de 01/01/05 a 30/06/07, dispunha que sobre a receita líquida tributável mensal (apurada pelas entradas) aplicavam-se percentuais fixos de tributação progressivamente e, também, era vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais que acobertavam as saídas, nos seguintes termos:

Art. 4º - A apuração da receita bruta presumida da empresa comercial optante será feita acumulando-se, mensalmente, o valor total das entradas acrescido de percentual diferenciado, a título de margem de valor agregado, a ser estabelecido pelo Poder Executivo, relativo a cada setor de atividade econômica.

(...)

Art. 11 - A empresa optante fica sujeita ao pagamento mensal do ICMS, correspondente à soma dos valores obtidos na forma prevista nos arts. 12 e 13 desta Lei.

(...)

Art. 13 - Sobre a receita líquida tributável mensal auferida pelo contribuinte e apurada na forma do § 1º deste artigo, serão aplicados os seguintes percentuais, ficando a parcela até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) dessa receita desonerada do ICMS:

I - 0,5% (zero vírgula cinco por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais);

II - 2% (dois por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - 3% (três por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

IV - 4% (quatro por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 1º Considera-se receita líquida tributável mensal, para os fins do disposto neste artigo:

I - para empresa comercial ou industrial optante pela apuração simplificada, o valor total das entradas no mês, acrescido do percentual de agregação, excluídos os valores correspondentes a:

(...)

Art. 14 - Fica vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais emitidos pelos seguintes contribuintes optantes pelo regime previsto nesta lei:

I - empresa que apure a receita bruta na forma prevista no art. 4º;

Desse modo, tendo em vista a forma de tributação aplicada à Impugnante no período em questão, não se vislumbra a repercussão jurídica do encargo financeiro decorrente do pagamento indevido.

Comprovado o recolhimento indevido, legítimo é o direito à restituição dos respectivos valores corrigidos pela Taxa Selic a partir do pagamento indevido, tendo em vista a comprovação da não repercussão jurídica do encargo financeiro conforme disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional e na Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/10.

Por fim, no que tange à IN/SUTRI nº 01/11, não há respaldo legal para sua aplicabilidade ao presente PTA tal qual determina o art. 106 do CTN.

Não há que se falar, no caso presente, de retroatividade da IN em comento, pois o CTN, em seu art. 106, primeiramente diz de “lei” em sentido estrito, enquanto que a IN é, em verdade, espécie do gênero legislação. Mas, mesmo aplicando-se analogicamente o citado artigo, não se permite sua retroatividade, pois a IN não é expressamente interpretativa, mas impositiva, normatizadora, pois instituiu um novo entendimento fiscal a uma situação, até então, em Minas Gerais, pacífica neste Conselho de Contribuintes.

Assim, seja porque a IN SUTRI nº 01/11 não detinha vigência à época dos fatos, como também esta norma não detém a eficácia de “retroação”, tal qual determina o artigo 106 do CTN, pelo que a Impugnante faz jus à restituição pleiteada.

Sala das Sessões, 21 de setembro de 2012.

Antônio César Ribeiro
Conselheiro