

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.334/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000337114-50
Impugnação: 40.010130050-90
Impugnante: Enjoy Modas Ltda.
IE: 062126927.00-86
Proc. S. Passivo: Evandro França Magalhães/Outro(s)
Origem: DF/BH-1

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SIMPLES MINAS/NACIONAL – RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA/ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO – RECOLHIMENTO INDEVIDO – IN SUTRI/SEF nº 01/11. Pedido de restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota e antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo regime Simples Minas e Simples Nacional. 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 Impugnante, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Minas, até 30/06/07, e Simples Nacional, a partir de 01/07/07, pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota e antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), nos períodos de janeiro/2005 a junho/2007 e janeiro/2008 a dezembro/2008, ao argumento de que as aquisições foram feitas em operações interestaduais diretamente de indústrias, cuja alíquota do imposto é a mesma nas operações internas (12%), daí não haveria diferença a ser complementada. Por este motivo os recolhimentos efetuados à época foram indevidos, razão pela qual pleiteia a sua devolução em espécie.

Apresenta planilha com a relação das notas fiscais e respectivos valores que entende terem sido recolhidos indevidamente (fls. 15/27) e anexa a documentação de fls. 28/859 (cópias das notas fiscais de aquisição dos produtos em operações interestaduais e do Documento de Arrecadação Estadual (DAE)).

Com vistas a instruir o pedido, a Delegacia Fiscal BH-1 intima a Requerente, às fls. 863, a comprovar a ausência de transferência do encargo financeiro do imposto pago na entrada das mercadorias aos adquirentes, ou autorização desses para receber o valor pleiteado; e, ainda, cópia de livros fiscais.

A Requerente se manifesta às fls. 874/879, informando que não se apropriou do crédito advindo do imposto pago nas entradas das mercadorias e que suportou o ônus do valor recolhido, anexando os documentos de fls. 882/939 (Declaração de que não se apropriou do imposto relativo ao pedido de restituição, cópia do livro Registro de Entrada do período de abril/2008 a julho/2009 e extrato simplificado do Simples Nacional, período de julho/2007 a dezembro/2008).

Diante da não comprovação pela Requerente de que não repassou o encargo financeiro do tributo a terceiros ou de autorização desses para receber a quantia, o pedido foi indeferido pelo Sr. Delegado Fiscal da DF/BH-1, conforme despacho de fls. 942, com base no parecer fiscal de fls. 940/941.

Inconformada com a decisão, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 944/952, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 956/960.

A 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, na sessão do dia 21/09/11, exara despacho interlocutório, fls. 966, para que a Impugnante junte aos autos prova de que a mercadoria relacionada ao valor indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota e antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual) se encontrava em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição.

Intimada do despacho interlocutório (fls. 969), a Impugnante se manifesta às fls. 971/976, aos seguintes argumentos, em síntese:

- argui que deve ser declarada nula a decisão da 3ª Câmara de Julgamento, relativa ao despacho interlocutório, em face do disposto no art. 156 do RPTA/MG;
- informa ser impossível atender o que foi requerido no despacho interlocutório, em razão de que na data em que o pedido foi protocolizado (26/02/10) não haver na legislação tributária estadual exigência de prova de estar a mercadoria em estoque;
- entende que a retroação da IN nº 01/11 ofende os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica, pois está regulando fatos ocorridos antes de sua vigência.

Ao final, requer seja declarada a nulidade da decisão que exarou o despacho interlocutório, ou que não seja aplicada a Instrução Normativa nº 01/2011 e seja conhecido e deferido o requerimento de restituição de indébito.

O Fisco se manifesta às fls. 982/984, rebatendo as considerações trazidas pela Impugnante e pedindo pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Da Preliminar de nulidade da decisão da Câmara de Julgamento

A Impugnante pede a nulidade da decisão tomada pela 3ª Câmara de Julgamento, deste CC/MG, na sessão de 21/09/11, em que foi exarado despacho interlocutório para que fossem apresentadas provas de que as mercadorias para as quais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

houve o pagamento do imposto se encontravam em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição.

O argumento da Impugnante é de que a Câmara de Julgamento ao determinar a medida desrespeitou o previsto no art. 156 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.708/08, *in verbis*:

Art. 156. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, definindo expressamente os seus efeitos e determinando a intimação das partes.

Parágrafo único. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes do processo, às alegações das partes e à apreciação das provas.

Sem razão a discordância da Impugnante quanto às medidas adotadas, porque naquela oportunidade, a Câmara de Julgamento entendeu que as informações e documentos trazidos aos autos eram insuficientes para formar seu convencimento e decidir a controvérsia de natureza tributária entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual.

Assim, com base no disposto no art. 157 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.708/08, foram determinadas duas medidas. A primeira para que a Impugnante juntasse aos autos prova de que a mercadoria, relacionada ao valor indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota, encontrava-se em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição e, a segunda, para que o Fisco elaborasse demonstrativo do efetivo valor passível de restituição, caso a Impugnante apresentasse a prova solicitada.

O dispositivo em comento tem a seguinte redação:

Art. 157. Não estando os autos devidamente instruídos, determinar-se-ão as medidas convenientes convertendo-se o julgamento em diligência ou proferindo-se despacho interlocutório.

Não se verifica, portanto, a alegada nulidade da decisão da câmara.

Do Mérito

Trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido a título de recomposição de alíquota e antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), previstas no art. 10 do Anexo X (vigente até 30/06/07) e no § 14 do art. 42, Parte Geral, todos do RICMS/02, respectivamente, por Contribuinte do ramo do comércio varejista de artigos de vestuário, calçados e bolsa e cintos, enquadrado no regime do Simples Minas (até 30/06/07) e Simples Nacional (a partir de 01/07/07), 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os dispositivos retrocitados têm 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.

Parte Geral do RICMS/02

Art. 42 ...

(...)

§ 14. Ficam a microempresa e a empresa de pequeno porte obrigadas a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual e devido na entrada de mercadoria destinada a industrialização ou comercialização ou na utilização de serviço, em operação ou prestação oriunda de outra unidade da Federação, observado o disposto no inciso XXII do caput do art. 43 deste Regulamento.

A respeito do assunto, importante trazer o entendimento da SEF/MG externado nas Consultas de Contribuintes nºs 150/07 e 72/10, respondidas pela SUTRI/SEF, que dispõem acerca da matéria:

Consulta de Contribuinte nº 150/07

Simplex 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

Consulta de Contribuinte nº 072/10

Simples Nacional – Antecipação do Imposto – Artigos do Vestuário

Exposição:

Empresa optante pelo Simples Nacional que tem como atividade econômica o comércio varejista de artigos do vestuário, calçados, bolsas, cintos e correlatos afirma que adquire mercadorias neste e em outros Estados para revenda a consumidor final.

Com dúvidas quanto à aplicação da legislação tributária, indaga:

1 - É devida recomposição de alíquota do ICMS nas aquisições de mercadorias de industrial fabricante situado em outra unidade da Federação?

2 - Em que situação é devida a recomposição de alíquota?

3 - Quanto ao ICMS sobre o frete cobrado sobre o transporte das mercadorias oriundas de outro Estado, também incide a recomposição de alíquota?

Solução

1 e 2 - Será devido o recolhimento do imposto a título de antecipação para o contribuinte enquadrado no regime do Simples Nacional quando, nas aquisições de fora do Estado, houver diferença entre a alíquota interestadual e a interna estabelecida para o mesmo tipo de operação ou prestação, de acordo com § 14, art. 42 do RICMS/02.

Cumprе salientar que até 26/03/08, a alíquota prevista para a operação interna com produtos do vestuário era de 18% (dezoito por cento) promovidas tanto por estabelecimentos industriais, quanto por estabelecimentos comerciais, atacadistas ou varejistas. Dessa forma, para fatos ocorridos no período compreendido entre 1º/01/08 até essa data é devido o recolhimento, a título de antecipação do imposto, do valor resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna de aquisição e a prevista para operação interestadual sobre a base de cálculo praticada pelo remetente.

Com a edição do Decreto nº 44.754/08 foi acrescentada a subalínea "b.55" ao inciso I do art. 42 do RICMS/02, fixando a alíquota de 12% (doze por cento) para as saídas internas de produtos do vestuário, artefatos de cama, mesa e banho, coberturas constituídas de encerados classificadas na posição 6306.19 da NBM/SH,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

subprodutos de fiação e tecelagem, calçados, saltos, solados e palmilhas para calçados, bolsas e cintos, promovidas por estabelecimento industrial fabricante com destino a contribuinte inscrito neste Estado.

Sendo assim, para fatos ocorridos a partir de 27/03/08, data em que a mencionada alteração passou a produzir efeitos, não é devida a antecipação do imposto em relação às aquisições dos referidos artigos de estabelecimento industrial fabricante localizado em outra unidade da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivalem.

Tratando-se, entretanto, de aquisição realizada junto a estabelecimento que não seja industrial fabricante, permanece a obrigação de antecipação do imposto nos termos da legislação mencionada, tendo em vista que, caso a mercadoria fosse adquirida dentro do Estado na mesma condição, a operação seria tributada à alíquota de 18% (dezoito por cento).

Cabe ressaltar, ainda, que a antecipação do imposto aplica-se, inclusive, nas aquisições de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, hipótese em que mesmo não havendo indicação de base de cálculo e destaque do imposto, deverá ser considerado o valor da operação, nos termos do inciso XXIII, art. 43 do RICMS/02.

Caso tenha efetuado recolhimento indevido a título de antecipação do imposto, a empresa poderá requerer a sua restituição, para abatimento no valor devido a título de antecipação do imposto ou diferencial de alíquota, observado o disposto nos arts. 28 a 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, de 03/03/08, e na IN SUTRI nº 1, de 19 de fevereiro de 2010.

3 - A antecipação do imposto de que trata o § 14, art. 42 do RICMS/02, também é devida na hipótese de utilização de serviço em prestação iniciada em outra unidade da Federação. Desta forma, a empresa estará obrigada ao recolhimento da referida antecipação relativamente aos valores pagos pela prestação de serviço de transporte interestadual.

Legislação

- RICMS/02: art. 42, inciso I, subalínea "b.55" e § 14, art. 43, inciso XXIII;
- Decreto nº 44.754/08;
- RPTA/08, arts. 28 a 36
- IN SUTRI nº 01/10.

O pedido foi motivado pelo fato de que nas operações interestaduais as alíquotas praticadas pelos remetentes de fora do Estado são idênticas às previstas nas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações internas similares para contribuinte inscrito neste Estado como estabelecimento industrial.

Conforme de depreende na resposta às consultas reproduzidas acima, a carga tributária nas operações interna, 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 (vigência até 26/03/08) e art. 42, inciso I, alínea “b”, subalínea “b.55” (com vigência a partir de 27/03/08) todos do RICMS/02, reproduzidos a seguir:

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

Efeitos de 15/12/2002 a 13/01/2006 - Redação original:

Saída, em operação interna, de vestuário ou calçado, promovida pelo estabelecimento industrial fabricante, com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS. 33,33 0,12

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.

Parte Geral do RICMS/02

Efeitos a partir de 27/03/2008 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

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

(...)

b.55) vestuário, artefatos de cama, mesa e banho, coberturas constituídas de encerados classificadas na posição 6306.19 da NBM/SH, subprodutos de fiação e tecelagem, calçados, saltos, solados e palmilhas para calçados, bolsas e cintos, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS;

Assim, para os contribuintes enquadrados no regime do Simples Minas e Simples Nacional, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Esta 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 a comprovar que as mercadorias para as quais houve o pagamento do imposto (recomposição de alíquota e antecipação de imposto) encontravam-se em estoque no seu estabelecimento na data do pedido de restituição.

Entretanto, a Impugnante se limitou a insurgir contra a decisão da Câmara de Julgamento que exarou o despacho interlocutório para que fosse comprovada a existência das mercadorias em estoque e a instrução normativa, não fazendo nenhuma prova de que as mercadorias se encontravam em estoque na data em que foi formulada o pedido.

Por outro, de se destacar 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*:

Lei 6.763/75

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 e 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 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade da decisão da Câmara de Julgamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a Impugnação. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Vander Francisco Costa (Revisor), que julgavam procedente a Impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Márcia Pinto Rodrigues e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Tábata Hollerbach Siqueira.

Sala das Sessões, 20 de janeiro de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.334/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000337114-50	
Impugnação:	40.010130050-90	
Impugnante:	Enjoy Modas Ltda.	
	IE: 062126927.00-86	
Proc. S. Passivo:	Evandro França Magalhães/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-1	

Voto proferido pelo Conselheiro Vander Francisco Costa, 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 Impugnante realizou pedido de restituição de indébito tributário relativo ao ICMS pago em recomposição de alíquota por mercadorias adquiridas em operações interestaduais realizadas no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2008.

As informações de que a Impugnante recolheu o ICMS a maior não é contestada pela Fiscalização, levando a concluir com certeza o efetivo pagamento a maior do ICMS, cuja devolução é reclamada pelo Contribuinte.

A negativa da Fiscalização é baseada na falta de comprovação do Contribuinte ter arcado com o ônus econômico do imposto recolhido a maior, uma vez que não pode comprovar que as mercadorias permaneceram em estoque na ocasião dos fatos, de janeiro de 2005 a dezembro de 2008 assim como na época de apresentação do pedido de restituição. Fundamenta a decisão com base na Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/11.

A nossa posição, contrária ao voto vencedor tem como fundamento inicial a limitação do poder de tributar esculpido no art. 150 da Constituição Federal que veda à União, Estados e Municípios exigir ou aumentar tributos sem que lei o estabeleça. É pacífico o entendimento ao termo lei, que exige a passagem pelo Legislativo e a promulgação pelo Chefe do Executivo, não sendo prerrogativa de funcionários da Secretária da Fazenda publicar instruções que possam exigir tributos.

É nosso entendimento que negar devolução de imposto recolhido a maior se equivale a exigir tributos sem lei que o estabeleça.

Passando pela Constituição Federal deve-se observar o que o Código Tributário Nacional, que tem força de lei complementar estabelece sobre as restituições de impostos, nos arts. 165 e 166 *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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

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.

O primeiro artigo garante o direito à restituição do imposto pago indevidamente e o segundo condiciona a comprovação de ter assumido o encargo financeiro.

A condicionante é cumprida pela Impugnante ao comprovar o pagamento através de guias de recolhimento anexado nos autos, e não contestada pela Fiscalização, portanto, foram preenchidos todos os requisitos para que seja autorizada a devolução do imposto recolhido indevidamente.

A prova de repercussão econômica não pode ser limitada à comprovação de estarem as mercadorias em estoque na data do pedido de devolução. A comprovação do pagamento do imposto a maior é prova inequívoca da repercussão econômica.

Pelo exposto, uma vez comprovado nos autos o recolhimento indevido de impostos e tendo o ônus sido suportado pela Impugnante, voto pela procedência da Impugnação.

Sala das Sessões, 20 de janeiro de 2012.

**Vander Francisco Costa
Conselheiro**