

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.243/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000492108-89
Impugnação: 40.010134441-66
Impugnante: Marta Gomes Beldrame - ME
IE: 518080953.00-87
Proc. S. Passivo: Maiwsi da Fonseca Camilo/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - IMPOSTO SUPOSTADO POR TERCEIROS. Pedido de restituição referente a ICMS recolhido indevidamente no regime de recolhimento débito e crédito de contribuinte enquadrado no sistema tributário Simples Nacional. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada, em face das disposições contidas no art. 166 do CTN, haja vista que a Impugnante não comprovou ter assumido o encargo financeiro, bem como não demonstrou estar expressamente autorizada a pedir a restituição por aquele que o suportou. Correta a denegação do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia a restituição da importância de R\$ 7.691,97 (sete mil, seiscentos e noventa e um reais e noventa e sete centavos), conforme requerimento às fls. 02/06, relativa ao ICMS recolhido, segundo alega, durante todo o período de 2011 e 2012, de acordo com as DAPIs transmitidas e juntadas ao PTA às fls. 22/131, posto que se encontrava enquadrada no regime tributário do Simples Nacional desde 01/01/11.

Solicita também o cancelamento do parcelamento de nº 12.0411083500-93, pois entende que tal exigência não é mais devida.

A Requerente anexa ao seu pedido de restituição: DAS – Extrato do Simples Nacional e Comprovante de Arrecadação do Simples Nacional do período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 (fls. 12/21) e DAPIs do período de janeiro de 2011 a outubro de 2012 (fls. 22/131).

O Delegado Fiscal, com fundamento no parecer (fls. 134/139) do Auditor Fiscal da Receita Estadual, aprovado pelo Coordenador de Fiscalização, todos da Delegacia Fiscal de Poços de Caldas, decide indeferir o pedido (fls. 140).

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação de fls. 143/149, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 153.

DECISÃO

Trata-se de análise de indeferimento de restituição de ICMS recolhido, pelo regime de recolhimento Débito/Crédito, uma vez que se encontrava enquadrada no regime do Simples Nacional no mesmo período.

Esclarece a Requerente que, em 30/12/10, fez opção junto à Receita Federal do Brasil (RFB) para ingresso no Simples Nacional, tendo seu pedido indeferido sob o argumento de que havia débito junto àquele órgão federal. Porém, a RFB não considerou que todos os débitos já haviam sido objeto de parcelamento e os créditos fiscais encontravam-se com as exigibilidades suspensas.

Assim, em 10/09/11, a Requerente protocolou impugnação ao Termo de Indeferimento da Opção do Simples Nacional junto à RFB, ocasião em que foi orientada a proceder ao pagamento dos impostos pelo Regime do Simples Nacional, já que seu pleito seria deferido.

Em 15/12/12, recebeu a liberação do Termo de Deferimento da Opção pelo Simples Nacional, retroagindo seus efeitos a 01/01/11.

Nesse interstício, enquanto aguardava a tramitação de seu processo e deferimento do seu pedido de inclusão no Simples Nacional, a Requerente permaneceu, perante a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG), enquadrada como Débito/Crédito e submetida a todas as obrigações inerentes a tal regime de recolhimento.

Desse modo, entregou todas as DAPIs dos períodos, recolhendo o ICMS devido, exceto com referências aos períodos outubro de 2011 a agosto de 2012, período em que deixou de cumprir a obrigação principal, dando causa a lavratura de autuações, que culminaram com os parcelamentos 12.40435900-87 (quitado) e 12.041083500-93 (em curso).

É importante ressaltar que o requerimento, ora sob análise, abarca o pedido para cancelamento do parcelamento em curso nº 12.041083500-93, pois entende a Requerente que tal exigência não é mais devida.

O Fisco, às fls. 134/139, informa a existência de dois outros pedidos de restituição, com o mesmo teor, ambos indeferidos.

O primeiro, protocolado em 15/01/13, foi indeferido, porque a Requerente não havia comprovado o recolhimento ao Simples Nacional, ao mesmo tempo em que recolhia pelo sistema Débito/Crédito.

O segundo, de 13/03/13, foi indeferido sob o argumento de que a pretensão da Requerente não encontrava amparo na legislação tributária, tendo em vista não ter sido o contribuinte de direito quem suportou o encargo financeiro do imposto, vedação expressa no art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN).

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.

Por ocasião da análise dos pedidos anteriores, o Fisco constatou divergência no valor da restituição pretendida.

Enquanto a Requerente informava o valor de R\$ 7.691,97 (sete mil, seiscentos e noventa e um reais e noventa e sete centavos), como soma total do ICMS declarado em DAPI, o Fisco apurou o montante de R\$ 4.869,61 (quatro mil, oitocentos e sessenta e nove reais e sessenta e um centavos), conforme demonstrado às fls. 138 dos autos.

No pedido de restituição, ora em análise, o Fisco constatou que a Requerente não apresentou nenhum fato que motivasse a alteração do entendimento anterior, mantendo, assim, o indeferimento do pedido formulado para restituição de ICMS (fls. 140).

Diante de todo o exposto, em que pese o indébito tributário, resta o alcance do art. 166 do CTN, como bem colocado pelo Fisco.

Por ser um tributo indireto, o ICMS integra a sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque em mera indicação para fins de controle, nos termos do § 15 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 e do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96:

Lei nº 6.763/75

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Lei Complementar nº 87/96

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Assim, em se tratando de tributo indireto, como o ICMS, a transferência do encargo é presumível, pois este integra o preço final da mercadoria.

Dessa forma, para fazer jus à restituição, a Requerente tem a obrigação de provar, de forma inequívoca, que assumiu o ônus do imposto ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por esse devidamente autorizada a recebê-la, nos termos do art. 166 do CTN.

Nessa linha de entendimento, a aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, da existência da repercussão jurídica do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

encargo financeiro decorrente do pagamento indevido, repercussão essa que exige, naturalmente, o envolvimento de duas pessoas, quais sejam os chamados contribuintes de direito e de fato, e ainda, se na operação considerada havia a obrigatoriedade do destaque do imposto.

Conforme leciona Sacha Calmon Navarro Coelho (Curso de Direito Tributário, 9ª edição, Ed. Forense, RJ, 2006), “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. Sendo assim, é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo”.

Prossegue, dizendo que: “O CTN está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova da não-repercussão, ou então autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte *de jure*, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.”

Assim, em obediência ao prescrito no art. 166 do Código Tributário Nacional e no § 3º do art. 92 do RICMS/02, e tendo em vista a não comprovação de que a Impugnante assumiu o encargo financeiro do valor recolhido indevidamente, pondera-se que, somente com a autorização expressa de quem realmente suportou o ônus do tributo pago a maior, é que se deve reconhecer o direito à restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Guilherme Henrique Baeta da Costa.

Sala das Sessões, 25 de setembro de 2013.

Antônio César Ribeiro
Presidente / Revisor

Giovana Maria Lima Domingues Gatti
Relatora

R