

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.882/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000426218-67
Impugnação: 40.010133028-25
Impugnante: Aviamentos Nasser Comércio Ltda - ME
IE: 367160373.00-45
Origem: DF/Juiz de Fora

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. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Do Pedido de Restituição

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), no período de agosto de 2006 a janeiro de 2011, ao argumento de que recolheu indevidamente a referida quantia relativa às aquisições de artigos de armarinho (fios têxteis, lãs, linhas, malhas, tecidos, botões, telas, agulhas) em operações interestaduais, 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.

Da Intimação para Requerente Complementar a Instrução do Processo

Com vistas a instruir o pedido, a Delegacia Fiscal de Juiz de Fora intima a Requerente, fls. 1.365/1.367, a complementar os documentos, 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, que juntasse aos autos prova de que as mercadorias relacionadas ao valor indevidamente recolhido a título de recomposição de alíquota e antecipação de imposto (diferença entre a alíquota

interna e a interestadual) se encontravam em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição.

Regularmente intimada, a Requerente se pronuncia às fls. 1.374/1.375, juntando os documentos de fls. 1.376/1.626, insurgindo contra a exigência da comprovação de constarem as mercadorias em estoque na data do pedido.

Do Indeferimento

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, juntamente com o fato de não ter atendido a determinação prevista no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI nº 01/10, o pedido foi indeferido pelo Sr. Delegado Fiscal da DF/Juiz de Fora, conforme despacho de fls. 1.634/1.635, com base no parecer fiscal de fls. 1.627/1.633.

Da Impugnação

Inconformada, com o indeferimento de seu pedido, a Requerente apresenta, tempestivamente e por representante legal, Impugnação às fls. 1787/1798.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem elaborada manifestação de fls. 1820/1838, rebate as considerações trazidas pela Requerente e pede pela improcedência da Impugnação, mantendo-se o indeferimento do pedido de restituição, conforme despacho de fls. 1634 a 1635.

DECISÃO

Trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido, no período compreendido entre agosto de 2006 e janeiro de 2011, 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 armarinho, 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 localizados em outras Unidades da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivaliam naquele período.

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 ...

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

As mercadorias comercializadas pela Requerente, para as quais houve o pagamento do imposto quando das aquisições em operações interestaduais, dizem respeito a produtos que têm a alíquota de 12% (doze por cento) nas operações internas, conforme subalíneas b.10, b.27 e b-55, inciso I, art. 42, Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

b.10) tecidos e subprodutos da tecelagem, nas operações realizadas entre estabelecimentos de contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado;

b.27) fios têxteis, linhas para costurar e subprodutos da fiação, nas operações destinadas a contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS e promovidas até 31 de dezembro de 2013;

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;

(...)

Observa-se que as disposições das subalíneas “b.10” e “b.27” exigem que as operações tenham sido realizadas entre contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado com vigência, ressalvadas alterações nas suas redações, que não interferiram nas operações analisadas, a partir de 15/02/02 e 14/01/06, respectivamente.

Já a regra estabelecida pela subalínea “b.55” exige que as operações sejam promovidas por estabelecimento industrial fabricante com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado, e teve sua vigência fixada a partir de 27/03/08; sendo que entre 15/12/02 26/03/08 o mesmo benefício foi assegurado pela redução da base de cálculo prevista no item 34, do Anexo IV, a que se refere o art. 43 do RICMS/02, que, na prática, produzia os mesmos efeitos.

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

São inúmeras as consultas de contribuintes respondidas pela SUTRI/SEF, que dispõem acerca da matéria, no sentido de que para os contribuintes enquadrados nos regimes 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.

Ocorrendo o pagamento, a primeira vista seria direito de o Contribuinte pleitear a repetição de indébito, mas, nesse caso, há de se observar que por determinação legal expressa, somente será deferida a restituição caso o Requerente demonstre que não houve a transferência do respectivo encargo financeiro aos consumidores finais adquirentes das mercadorias, ou a expressa autorização destes para que possa recebê-la, nos termos do § 3º do art. 92 do RICMS/02 e art. 30 do RPTA c/c art. 166 do CTN.

Mas, mesmo não havendo a comprovação acima, é assegurada a restituição desde que o Contribuinte requerente comprove que as mercadorias, que ensejaram o recolhimento, objeto da restituição requerida, se encontravam no seu estoque na data da protocolização do seu pedido, conforme previsto no art. 4º, da Instrução Normativa SUTRI nº 01/10, com redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos da Instrução Normativa nº 01, de 12/07/11, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Observa-se que não existe na Instrução Normativa supracitada qualquer inovação legal, ela somente complementa as disposições do art. 166 do CTN no sentido de que o encargo do tributo, pela lógica das atividades comerciais, em tese, só não poderia ter sido transferido se a mercadoria ainda estivesse no estoque da Requerente.

Com vistas a observar a determinação expressa na legislação tributária, a Impugnante foi intimada, às fls. 1.365/1.367, a comprovar que não houve a transferência do respectivo encargo financeiro aos consumidores finais adquirentes das mercadorias, ou a expressa autorização destes para recebê-la, ou, ainda, que comprovasse se as mercadorias para as quais houve o pagamento do imposto (antecipação de imposto) encontravam-se em estoque no seu estabelecimento na data do pedido de restituição.

No entanto, conforme expediente de fls. 1.374/1.375, a Requerente não comprovou que não fora transferido o ônus financeiro do encargo tributário, bem como também de que as mercadorias, para as quais houve o pagamento do imposto, encontravam-se em estoque na data do pedido de restituição, se limitando a informar que tal obrigatoriedade constitui-se num “monstrengo jurídico”, numa exigência “ilegal e estapafúrdia” e, num “pretexto para a não devolução”, ferindo princípios constitucionais.

Por fim, é 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:

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, ou que não tenha transferido o encargo financeiro do imposto pago aos adquirentes das mercadorias, associado à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 deferir requerimento de juntada de procuração apresentada da tribuna. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a impugnação. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Orias Batista Freitas, que a julgavam procedente. Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ivan Elias Saadi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participou do julgamento, além do signatário, os Conselheiros vencidos e o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 20 de março de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator designado

T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.882/13/3 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000426218-67	
Impugnação:	40.010133028-25	
Impugnante:	Aviamentos Nasser Comércio Ltda - ME	
	IE: 367160373.00-45	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 ora Impugnante, contribuinte optante pelo Simples Nacional, pleiteou a restituição de quantia recolhida, a seu ver, indevidamente a título de *"complemento de ICMS, da alíquota de 12% (doze por cento) para 18% (dezoito por cento), quando, na verdade a alíquota nas operações internas desses produtos é 12% (doze por cento)"*, relativamente a várias operações indicadas em planilhas juntadas ao pedido, e comprovados pelos documentos fiscais igualmente nele acostados, cujo valor, apurado nos períodos de apuração compreendidos entre 1º de agosto de 2006 e 31 de janeiro de 2011, de correspondeu a R\$ 68.799,76 (sessenta e oito mil, setecentos e noventa e nove reais e setenta e seis centavos).

No pedido fez, ainda, referência a vasta doutrina e jurisprudência, inclusive do órgão revisor mineiro, para sustentar sua tese de que, no caso presente, não se aplica a regra do art. 166 do CTN.

Em 09 de dezembro de 2011, a Impugnante foi intimada (fls. 1365/1368), para que apresentasse vários documentos e comprovasse que não houve a transferência do respectivo encargo financeiro aos consumidores finais adquirentes das mercadorias, ou a expressa autorização destes para que pudesse recebê-la nos termos do § 3º do art. 92 do RICMS/02 e art. 30 do RPTA c/c art. 166 do Código Tributário Nacional, ou, ainda, comprovar que as mercadorias, que ensejaram o recolhimento, objeto da restituição requerida, se encontravam no seu estoque, na data do pedido, conforme previsto no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n.º 01/10, com redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos da Instrução Normativa n.º 01/11.

Alega a Impugnante, contribuinte optante pelo Simples Nacional, que recolheu *"indevidamente complemento do ICMS, da alíquota de 12% (doze por cento) para 18% (dezoito por cento) sobre vários produtos, quando na verdade a alíquota nas operações internas desses produtos é 12% (doze por cento)"*.

Entretanto, o Fisco considerou que, com as informações e documentos apresentados não seria possível apurar o recolhimento supostamente indevido, como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

alegado, assim, para que se pudesse analisar o pedido, solicitou a apresentação dos seguintes documentos:

1. cópias dos DAPI/Simples relativamente aos meses de agosto/06 até junho/07, quando tais declarações eram exigidas por força da legislação de regência do Simples Minas, regime adotado pela requerente em tais períodos de apuração;
2. complementação da planilha apresentada, denominada "doc. 09", com o número das respectivas notas fiscais, quando não informados;
3. retificação do valor requerido e elaboração de planilha demonstrativa em função dos efeitos da apuração do imposto pelo supracitado regime do Simples Minas, se for o caso;
4. CD com cópia da planilha denominada "doc. 09" e da planilha a que se refere o item "3", caso seja elaborada;
5. confirmação se os valores recolhidos informados, relativamente a cada período, estão comprovados com os DAE's respectivos, apresentando os documentos comprobatórios complementares, se for o caso;
6. cópias das respectivas folhas do livro de Registro de Entradas, quando sua escrituração for obrigatória;
7. comprovação de que não houve a transferência do respectivo encargo financeiro aos consumidores finais adquirentes das mercadorias, ou a expressa autorização dos mesmos para que possa recebê-la nos termos do § 3º do art. 92 do RICMS/02 e art. 30 do RPTA c/c art. 166 do Código Tributário Nacional e, ainda, comprovar que as mercadorias, que ensejaram o recolhimento, objeto da restituição requerida, se encontravam no seu estoque, na data do pedido, conforme previsto no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n.º 01/10.

Em despacho de fls. 1.634/1.635, do qual a Impugnante foi intimada em 07 de novembro de 2012, o Delegado Fiscal de Juiz de Fora indeferiu o pedido pelo fato da mesma não ter comprovado que não houve a transferência do respectivo encargo financeiro aos consumidores finais adquirentes das mercadorias, ou a expressa autorização destes para que possa recebê-la, conforme previsto no § 3º do art. 92 do RICMS/02 e no art. 30 do RPTA c/c art. 166 do Código Tributário Nacional, uma vez que o encargo financeiro relativo ao ICMS repercute no preço das mercadorias, sendo assim suportado por quem as adquire, nem ter atendido às disposições da Instrução Normativa SUTRI n.º 01/10.

No mesmo ato a Fiscalização informou ao Requerente que não o eximia do atendimento às referidas exigências legais a alegação de que não teria como fazê-lo; de que regras hierarquicamente superiores não contemplam tal exigência e de que a norma do art. 166 do Código Tributário Nacional não se aplica ao caso concreto e, determinou, também, a alteração do valor originalmente reclamado para R\$ 55.180,43 (cinquenta e cinco mil, cento e oitenta reais e quarenta e três centavos), conforme demonstrado nos "Anexos I e II" (fls. 1.636/1.668), que detalham os ajustes efetuados e a consolidação dos valores passíveis de repetição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais ajustes importaram na dedução, do valor originalmente solicitado, das importâncias recolhidas ou devidas a título de ICMS, naqueles períodos de apuração, das importâncias regularmente recolhidas, a título de ICMS – Antecipação de Alíquota, em relação a produtos não incluídos nas alíneas b.10, b.27 e b-55, do inciso I, do art. 42, do RICMS/02; dos valores referentes a operações em relação às quais não houve o recolhimento do tributo ou quando o documento fiscal não foi registrado no livro fiscal próprio e, também, das quantias devidas a título de ICMS pelo regime do extinto Simples Minas e Fundese.

Portanto, o valor de restituição que se discute nestes autos é de R\$ 55.180,43 (cinquenta e cinco mil, cento e oitenta reais e quarenta e três centavos) até mesmo diante do pedido formulado na impugnação de fls. 1.787/1.798, a saber:

Diante do exposto, espera a Impugnante que se dará provimento à presente para reconhecer seu, direito a restituição em espécie, ou compensação com débitos porventura existentes, do valor de R\$ 55.180,43, pagos indevidamente a título de ICMS, aceitando a dedução feita pelo Fisco, fazendo-se dessa forma a mais verdadeira.

A Impugnante inicia sua peça explicitando que tanto a doutrina, como a jurisprudência, são assentes no sentido de que só estão alcançados pela restrição do art. 166 do Código Tributário Nacional, os tributos que repercutem, sob força de disposições legais (repercussão jurídica). Os outros, isto é, aqueles que são custos ou despesas para o contribuinte, não são alcançados pelo disposto no artigo acima referido. (repercussão econômica). Para sustentar seu posicionamento, cita doutrina e o Acórdão 19.615/10/3ª.

Alega ainda que o valor requerido não foi transferido a terceiros (repercussão jurídica), pois se tratando de empresa do Simples Minas e Simples Nacional (varejista), não podia transferir o ICMS aos consumidores finais. Desta forma, o art. 165 do Código Tributário Nacional impõe a devolução do valor de tributo.

Assevera que a imposição de subserviência do Conselho de Contribuintes a atos emanados da SUTRI, não prospera em razão de que a Lei n.º 6.763/75, obrigatoriamente, precisa atender e observar ao disposto no art. 165 do Código Tributário Nacional, que tem status de lei complementar, na conformidade do disposto no art. 156, inciso III da Constituição Federal e, além disto, este Conselho rejeitou a mesma Instrução Normativa 01/10 quando a mesma exigia comprovação de repercussão econômica do tributo recolhido a maior.

Cabe citar, a título de ilustração, a Consulta de Contribuintes nº 72/10, respondida pela Sutri/SEF, que dispõe acerca da matéria:

CONSULTA(S) DE CONTRIBUINTE(S): 072/10

SIMPLES NACIONAL – ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO – ARTIGOS DO VESTUÁRIO

EXPOSIÇÃO:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, HOVER DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERESTADUAL E A INTERNA ESTABELECIDADA PARA O MESMO TIPO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO, DE ACORDO COM § 14, ART. 42 DO RICMS/02.

CUMPRE 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 ESTABELECEMENTOS INDUSTRIAIS, QUANTO POR ESTABELECEMENTOS 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, SUBPRODUTOS DE FIAÇÃO E TECELAGEM, CALÇADOS, SALTOS, SOLADOS E PALMILHAS PARA CALÇADOS, BOLSAS E CINTOS, PROMOVIDAS POR ESTABELECEMENTO 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 CONTRIBUENTE 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.

Deste modo, não há dúvidas em relação à ocorrência do pagamento indevido, do mesmo modo a controvérsia no tocante à legitimação ativa da Impugnante para pleitear a restituição, em outras palavras, a verificação do atendimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, reproduzido na Instrução Normativa SUTRI/SEF n.º 01/10, também se encontra superada por reiteradas decisões deste Conselho de Contribuintes.

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 pagamento 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 aos chamados tributos indiretos, no entanto, por força do já citado art. 166 do mesmo Código, reproduzido na Instrução Normativa SUTRI/SEF n.º 01/10, 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. Neste sentido, confira-se a redação dos referidos dispositivos:

Código Tributário Nacional.

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.

Instrução Normativa SUTRI n.º 01, de 19 de fevereiro de 2010

Art.4º Para fins de restituição de quantia recolhida indevidamente a título de antecipação do imposto, o contribuinte deverá comprovar que assumiu o respectivo encargo financeiro ou, caso o tenha transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, conforme disposto no § 3º do art. 92 do RICMS c/c art. 166 do CTN.

Apesar da complexidade que o tema encerra, já que, em última análise, os encargos financeiros relativos a todos os tributos são direta ou indiretamente repassados aos adquirentes dos bens, mercadorias e serviços ora pela via dos preços, tal como ordinariamente se dá nos tributos que, do ponto de vista econômico, incidem sobre a produção, circulação e consumo, ora pela via dos custos/despesas, em relação àqueles sobre a renda ou o patrimônio, 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 Brasileiro – 11ª ed., Forense, RJ, 2010, 2ª t., p. 726), 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. (grifos no original).

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.

Na mesma linha de entendimento, José Jayme de Macêdo Oliveira (Código Tributário Nacional: Comentários, doutrina e jurisprudência – Saraiva, SP, 2003, p. 571), ao comentar o referido dispositivo legal, assim se manifesta:

Esse fenômeno (repercussão), de cunho econômico, materializa-se quando se percebe a existência de dois contribuintes, um de direito e outro de fato, ocorrendo, no momento de sua concretização, o repasse do respectivo ônus financeiro diretamente do primeiro para o segundo. Cristaliza-se aí o chamado imposto indireto, cuja restituição do pago indevidamente exige o atendimento dos requisitos enumerados neste artigo do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

José Eduardo Soares de Mello, defendendo a constitucionalidade do mencionado artigo, também identifica o IPI e o ICMS como típicos tributos que, por sua natureza jurídica, comportam a transferência – ou translação – da carga financeira a terceiros, esclarecendo que:

Tanto o fabricante quanto o comerciante, ao realizarem operações jurídicas, em regra, são obrigados a lançar os referidos impostos, em suas notas fiscais. (Curso de Direito Tributário, 6^a. ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2005, p. 311).

No âmbito jurisprudencial, também há muito o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre o assunto. Primeiro, por meio da Súmula 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 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 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 45.977, cuja Ementa e excertos do voto condutor prolatado pelo então Min. Aliomar Baleeiro, relator, são abaixo reproduzidos:

REPETIÇÃO DE IMPÔSTO INCONSTITUCIONAL – EM PRINCÍPIO, NÃO SE CONCEDE A TODO 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 INDIRETOS, DE SORTE QUE, A TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS, ÀS VEZES, 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 SOBRE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA REPETIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS, TESE QUE TEM O AMPARO DA SÚMULA Nº 71.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ENTENDO QUE ESSA DIRETRIZ NÃO PODE SER GENERALIZADA. HÁ DE SER APRECIADA EM CADA CASO CONCRETO, PORQUE, DE COMEÇO, 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 IMPOSTO DIRETO DO INDIRETO.

O MESMO TRIBUTOS 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 VÊNIA, DE QUE, SEMPRE, ELÊS 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:

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 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.)

Dentre as mencionadas decisões judiciais, merecem destaque as seguintes:

TFR 1ª REGIÃO

II. A REPERCUSSÃO MERAMENTE ECONÔMICA, A TÍTULO DE CUSTO TRIBUTÁRIO, NO PREÇO DO BEM PRODUZIDO OU DO SERVIÇO OFERECIDO, NÃO LEVA O TRIBUTOS A SER INDIRETO, NA CONCEPÇÃO JURÍDICA, NEM IMPEDE A REPETIÇÃO, QUANDO DECLARADO INCONSTITUCIONAL, POIS A 'TRANSFERÊNCIA' NÃO SE DÁ NA MESMA PROPORÇÃO, PODENDO TEORICAMENTE ATÉ MESMO NÃO OCORRER, POIS OS PREÇOS PRATICADOS NO MERCADO, EM BENS E SERVIÇOS, NÃO DEPENDEM APENAS DA

VONTADE DE QUEM OS OFERECE. (...). (TRF-1ª REGIÃO. AC 2000.01.00.063353-5/MG. REL.: DES. FEDERAL OLINDO MENEZES. 3ª TURMA. DECISÃO: 17/09/02. DJ DE 04/10/02, P. 89.)

TFR 2ª REGIÃO

TODOS OS TRIBUTOS TRAZEM EM SI UMA REPERCUSSÃO ECONÔMICA NOS PREÇOS FINAIS DOS PRODUTOS, MAS ESTA SE MOSTRA IRRELEVANTE SE NÃO HÁ UMA PREVISÃO LEGAL DE QUE O ÔNUS FINANCEIRO SERÁ SUPOSTADO POR TERCEIRO. (...). (TRF-2ª REGIÃO. AC 1999.02.01.055041-3/RJ. REL.: DES. FEDERAL BENEDITO GONÇALVES. 4ª TURMA. DECISÃO: 02/10/01. DJ DE 17/02/03, P. 145.)

TFR 4ª REGIÃO

II. TAMBÉM NÃO SE ESTÁ DIANTE DE TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO, EXIGINDO A APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN, PORQUE OS TRIBUTOS QUE COMPORTAM, POR SUA NATUREZA, TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO SÃO SOMENTE AQUELES EM RELAÇÃO AOS QUAIS A PRÓPRIA LEI ESTABELEÇA A PERCUSSÃO TRIBUTÁRIA AO PREÇO FINAL PAGO PELO CONTRIBUINTE E O REPASSE COMO CUSTO OPERACIONAL NÃO SIGNIFICA A TRANSFERÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA DO PSEUDO ENCARGO TRIBUTÁRIO. (...) (TRF-4ª REGIÃO. AMS 2005.71.00.016031-5/RS. REL.: DES. FEDERAL ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA. 1ª TURMA. DECISÃO: 05/09/07. DJ DE 25/09/07)

EMENTA:

(....)

I. EM TODOS OS TRIBUTOS, EVIDENTEMENTE, HÁ REPERCUSSÃO ECONÔMICA, OU SEJA, O VALOR PAGO AO ERÁRIO COMPÕE O CUSTO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO. ENTRETANTO, É EXCEPCIONAL A TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO, COMO NOS CASOS DE IPI E ICMS EM QUE, NA NOTA FISCAL, É LANÇADO EM SEPARADO O VALOR DO IMPOSTO PAGO PELO COMPRADOR. (...) (TRF-4ª REGIÃO. AG 1999.04.01.012290-0/RS. REL.: DES. FEDERAL FÁBIO ROSA. 1ª TURMA. DECISÃO: 11/05/99. DJ DE 18/08/99, P. 525.)

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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

obrigação (contribuinte de direito) para o adquirente do bem, mercadoria ou serviço (contribuinte de fato).

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, 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.

Portanto, mesmo em se tratando de tributos indiretos, há hipóteses em que a repercussão jurídica do encargo financeiro não ocorre. 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 antecipação do imposto. 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.

Ressalte-se, ainda, a título de argumentação, exemplo do cálculo do valor devido mensalmente pelas empresas optantes pelo regime de tributação denominado Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar n.º 123/06, extraído do “perguntas e respostas” constante no site www.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional:

7.2. COMO SE CALCULA O VALOR DEVIDO MENSALMENTE PELAS MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL?

RESUMIDAMENTE, O VALOR DEVIDO MENSALMENTE PELAS ME E EPP OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL É DETERMINADO MEDIANTE APLICAÇÃO DAS TABELAS DOS ANEXOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14.12.2006.

PARA EFEITO DE DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA, O SUJEITO PASSIVO UTILIZARÁ A RECEITA BRUTA ACUMULADA NOS 12 (DOZE) MESES ANTERIORES AO DO PERÍODO DE APURAÇÃO (RBT12).

JÁ O VALOR DEVIDO MENSALMENTE, A SER RECOLHIDO PELA ME OU EPP, SERÁ O RESULTANTE DA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA CORRESPONDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA MENSAL AUFERIDA.

EXEMPLO:

A PAPELARIA CAROL D+ ME LTDA, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, OBTVEU RECEITA BRUTA RESULTANTE EXCLUSIVAMENTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA REVENDA DE MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A EMPRESA NÃO POSSUI FILIAIS.

CONVENÇÕES:

PA = PERÍODO DE APURAÇÃO;

RBT12 = RECEITA BRUTA DOS ÚLTIMOS 12 MESES EXCLUSIVE O MÊS DO PERÍODO DE APURAÇÃO (PA);

RBA = RECEITA BRUTA ACUMULADA DE JANEIRO ATÉ O MÊS DO PA INCLUSIVE.

DADOS DA EMPRESA:

RECEITA BRUTA DE JULHO = R\$ 25.000,00

RBA = R\$ 135.000,00

ALÍQUOTA DESSA FAIXA = 5,47% - RBT12 = R\$ 220.000,00 (ANEXO I)

FLUXO DE FATURAMENTO (VALORES EM MILHARES DE R\$):

JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	
						30	20	20	10	10	20	25	=135
15	15	15	15	25	25	30	20	20	10	10	20		=220

Simple Nacional devido no mês = (R\$ 25.000,00 x 5,47%) = R\$ 1.367,50.

Acrescente-se o fato de que uma vez enquadrado no Simples Nacional, é vedado ao contribuinte destacar o imposto no documento fiscal por ele emitido, devendo observar o disposto no § 2º do art. 2º da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 10/07, ou seja, inutilizar os campos destinados à base de cálculo e ao destaque do imposto de obrigação própria.

Deste 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, estando, assim, comprovada a não repercussão do encargo financeiro, em atendimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional e na Instrução Normativa SUTRI/SEF n.º 01/10.

Portanto, a discussão restringe-se à aplicação da Instrução Normativa SUTRI/SEF n.º 01/11, ao presente caso.

Dispõe a referida Instrução Normativa que:

Art. 1º O art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n.º 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 n.º 123,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A citada Instrução Normativa foi publicada em 13 de junho de 2011, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores tratados no presente processo, trazendo em seu bojo verdadeira norma de direito material restritiva do direito do contribuinte e clara mudança de critério jurídico da administração em face das – repita-se – reiteradas decisões emanadas do órgão julgador administrativo tributário estadual.

Desse modo, restringindo o direito do contribuinte e afastando a possibilidade de ter restituído o imposto pago indevidamente, a referida norma deve ser aplicável somente a partir de sua publicação, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da moralidade e da boa fé objetiva que devem reger a relação entre o Fisco e o Contribuinte.

Assim, comprovado o recolhimento indevido, legítimo é o direito à restituição dos respectivos valores corrigidos pela Taxa Selic a partir do pagamento indevido.

Com relação à utilização da Taxa Selic como índice de atualização, oportuno esclarecer que o assunto foi amplamente tratado no Acórdão n.º 17.999/08/2ª. Destaque-se que a jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento de que os tributos e multas devam ser restituídos com correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido: STF RE 89.7666-6-SP; STJ Súmula 162.

Neste sentido, o Ministro do STJ Luiz Fux deixou consignado no voto-vista (voto vencedor) que proferiu no Agravo de Instrumento n.º 766.948 - RS (2006/0082258-5) que:

"O ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR A SER REPETIDO DEVE SER IGUAL AO FATOR DE CORREÇÃO EMPREGADO PARA O CRÉDITO DA FAZENDA, EM RESPEITO À PROPORCIONALIDADE DETERMINADA NO ART. 167 DO CTN, (...)." GRIFOU-SE.

O Ministro Leitão de Abreu deixou consignado no RE 88.516-1-SP (2ª Turma):

"COM APOIO NOS PRECEDENTES CITADOS, CONHEÇO DO RECURSO E LHE DOU PROVIMENTO PARA DETERMINAR, PRIMEIRO, QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO, SEGUNDO, QUE OS JUROS DE MORA SEJAM CALCULADOS À TAXA DE UM POR CENTO AO MÊS." GRIFOU-SE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, se o Estado determina a correção dos débitos tributários estaduais pelos mesmos critérios aplicáveis aos créditos tributários federais, a consequência lógica é que para a restituição dos tributos estaduais seja adotado o mesmo critério, que também é o adotado pela Receita Federal. Por isto, deve ser aplicada a Taxa Selic na restituição, que inclui, a um só tempo, a atualização monetária e os juros.

Diante do exposto, julgo procedente a impugnação para que seja restituído o valor pleiteado.

Sala das Sessões, 20 de março de 2013.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MG