

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.128/16/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000404195-21
Impugnação: 40.010140231-30
Impugnante: Marmoraria AGE Ltda
CNPJ: 03.243925/0001-51
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SIMPLES NACIONAL - ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO - RECOLHIMENTO INDEVIDO - IN SUTRI/SEF N° 01/10. Pedido de restituição de valores recolhidos a título de antecipação de imposto, em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo Simples Nacional. Entretanto, a Requerente não comprova que a mercadoria estava em estoque no seu estabelecimento na data do protocolo do pedido, conforme previsto no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n° 01/10. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Impugnante, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Nacional, pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual).

Alega que recolheu indevidamente a referida quantia relativa às aquisições de granito e mármore em operações interestaduais, cuja alíquota do imposto não implica em diferença a ser complementada.

Por esse motivo, os recolhimentos efetuados à época seriam indevidos, razão pela qual pleiteia a sua devolução em espécie.

Com vistas a instruir o pedido, a Delegacia Fiscal de Divinópolis intimou a Requerente, fls. 64/65, a comprovar o atendimento ao artigo 4º, § único da Instrução Normativa SUTRI n° 1, de 19 de fevereiro de 2010.

Em resposta à intimação, a Requerente comparece aos autos para reiterar sua solicitação inicial com a juntada de cópias de notas fiscais e tabelas, oportunidade em que o valor originalmente requerido é alterado (fls. 02 e 72/74).

Diante da não comprovação pela Requerente de ter atendido a determinação prevista no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI n° 01/10, o pedido foi indeferido pelo Delegado Fiscal da DF/Divinópolis (fls. 123).

Inconformada a Requerente apresenta, tempestivamente e, por seu representante legal, Impugnação às fls. 127/128, acompanhada dos documentos de fls. 129/188, no qual requer o deferimento do pedido de restituição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, em manifestação de fls. 196/204, rebate as alegações da Requerente e pede pela improcedência da impugnação, ratificando-se o despacho de fls. 123.

DECISÃO

Trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), prevista no § 14 do art. 42 do RICMS/02, por Contribuinte enquadrado no regime do Simples Nacional.

O pedido é embasado em que não seria devido a diferença de imposto em relação aos produtos que adquiriu de estabelecimentos industriais fabricantes, localizados em outras unidades da Federação.

O dispositivo retrocitado tem a seguinte redação:

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 diferencial de alíquota e empresas do Simples Nacional, importante trazer entendimento da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG externado na Consulta de Contribuintes nº 083/10, respondida pela SUTRI/SEF, que dispõe sobre a matéria:

Consulta de Contribuinte nº 083/10

Simples Nacional – Antecipação do Imposto – Vestuário

Exposição:

A Consulente é 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, em especial sobre a antecipação do imposto relativamente às aquisições de mercadorias fora de Minas Gerais, formula a presente consulta.

CONSULTA:

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?

RESPOSTA:

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.

Cumpra 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, 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 da Consulente 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 Consulente 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 Consulente estará obrigada ao recolhimento da referida antecipação relativamente aos valores pagos pela prestação de serviço de transporte interestadual.

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 7% (sete por cento) nas operações internas, conforme subalínea "D.2", inciso I, art. 42 do RICMS/02, *in verbis*:

Efeitos de 1º/01/2011 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, II, ambos do Dec. nº 45.510, de 29/11/2010:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

d) 7% (sete por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“d.2) tijolos cerâmicos, tijoleiras, complemento de tijoleira, peças ocas para tetos e pavimentos, telhas cerâmicas, tapa-vistas de cerâmica, manilhas, conexões cerâmicas, areia, brita, blocos pré-fabricados, ardósia, granito, mármore, quartzito e outras pedras ornamentais, até 31 de dezembro de 2011;”

Com efeito, observa-se que as disposições da subalínea “D.2” estabelecem uma alíquota interna para os produtos (Granitos e Mármore) não superior à alíquota de operações interestaduais.

Ocorrendo o pagamento, à primeira vista, seria direito de a Contribuinte pleitear a repetição de indébito, mas, neste caso, há de se observar que, por determinação legal expressa, somente será deferida a restituição caso a 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 art. 166 do Código Tributário Nacional c/c § 3º do art. 92 do RICMS/02 e art. 30 do RPTA.

No entanto, mesmo não havendo a comprovação acima, é assegurada a restituição desde que o contribuinte comprove que as mercadorias, que ensejaram o recolhimento, objeto da restituição requerida, encontravam-se 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Impugnante.

Com vistas a observar a determinação expressa na legislação tributária, a Requerente foi intimada, às fls. 64/65, a comprovar que 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 se extrai dos autos, a Impugnante, além de não trazer qualquer prova de que os produtos estavam em estoque na data do pedido, não comprovou que não fora transferido o ônus financeiro do encargo tributário, se limitando a argumentar impossibilidade de fazer a comprovação no que diz respeito ao estoque (fls. 195).

Ora, sabe-se que o ICMS é considerado como típico tributo que, por sua natureza jurídica, comporta a transferência da carga financeira a terceiros. Transferir o encargo financeiro não se resume a simples destaque do imposto em documento fiscal, o que é vedado aos contribuintes optantes do Simples Nacional. Essa transferência decorre das hipóteses de incidência do ICMS, que, de uma forma geral, são a circulação de mercadoria e a prestação de serviços de transporte e comunicação.

Destaca-se que a apuração do ICMS/recomposição de alíquota realiza-se na entrada do produto no estabelecimento do contribuinte, configurando-se como verdadeiro custo da mercadoria e, logicamente, como custo da mercadoria, é repassado direta ou indiretamente ao adquirente do bem.

Portanto, o ICMS recolhido a título de recomposição de alíquota comporta, sim, a aplicação do art. 166 do CTN c/c § 3º do art. 92 do RICMS/02 e art. 30 do RPTA, visto que existe a possibilidade de transferência do respectivo encargo financeiro, via custo de mercadorias.

No caso a comprovação de que não transferiu o encargo financeiro aos adquirentes dos produtos ou de que as mercadorias encontravam-se em estoque na data do pedido pode ser suprida por outros meios, por exemplo, o livro Registro de Inventário, juntamente com os documentos fiscais da movimentação dos produtos no período, possibilitam efetuar um levantamento do estoque, mas nada disso foi demonstrado nem comprovado.

Por fim, é de se destacar que, por determinação legal prevista no art. 182 da Lei nº 6.763/75, de 03/03/08, é defeso a este Órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *in verbis*:

Art. 182 - 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, considerando que a Impugnante não comprovou que as mercadorias, objeto da repetição de indébito, encontravam-se 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, indefere-se a 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 Marcelo Nogueira de Moraes e Maria de Lourdes Medeiros.

Sala das Sessões, 07 de julho de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Revisor

Marco Túlio da Silva
Relator