

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.817/08/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000175632-12
Impugnação: 40.010122755-31
Impugnante: Santana & Cia Ltda.
IE: 713184432.00-13
Proc. S. Passivo: Geraldo Liberato Sant'Anna
Origem: AF II/Viçosa

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição referente a ICMS recolhido indevidamente no regime de recolhimento débito e crédito de Contribuinte enquadrado no sistema tributário Simples Nacional. Correta a devolução pleiteada. Impugnação procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R\$12.179,36, ao argumento de se enquadrar no regime tributário do Simples Nacional desde o dia 01/07/2007.

O Delegado Fiscal da DF de Ubá, com fundamento no parecer da AF/2º-Nível-Viçosa, em despacho de fls. 20, decide indeferir o pedido.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por seu representante legal, apresenta Impugnação de fls. 22/25, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 87/93.

DECISÃO

Versa o feito em questão sobre pedido de restituição de ICMS recolhido, a título de ICMS normal do comércio (código de receita 120-6), no regime de recolhimento débito e crédito.

A restituição pleiteada pela Contribuinte refere-se ao período de 01/07/2007 a 31/07/2007.

Importante observar que, não obstante ter optado pelo regime tributário do Simples Nacional em 1º de julho de 2007, no dia 09/08/2007 pagou a importância supra mencionada, a título de ICMS normal débito e crédito, referente ao período de 01/07 a 31/07/2007, conforme DAE anexo às fls. 13.

A Contribuinte formulou o pedido de restituição de ICMS por enquadrar-se no regime tributário do Simples Nacional desde 01/07/2007, alegando que a opção pelo Simples Nacional se deu em função de não conseguir repassar a seus clientes os encargos representados pelo ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 44/47, expõe ser o ICMS de natureza indireta, sendo, portanto, o contribuinte de fato o consumidor da mercadoria.

Que a empresa repassa, no preço da mesma, o imposto devido e recolhe posteriormente ao Estado de Minas Gerais, o ICMS já pago pelo consumidor final.

Entende, ainda, que, a Impugnante é apenas Contribuinte de direito do ICMS, pois ela não provou que assumiu o encargo do ICMS sem repassar ao preço da mercadoria, como exigido no art. 166 do CTN. Daí, não possuir legitimidade para pedir a restituição do ICMS.

E conclui que desta forma, tratando-se de tributo indireto, a restituição somente poderá ser concedida se provado que não houve a transferência do encargo financeiro ao contribuinte de fato, tudo com base no artigo supramencionado.

Entretanto, importante observar o demonstrativo contábil do período de 01/01 a 30/06/07, anexo aos autos em que registra prejuízo de R\$ 114.573,62, e um recolhimento de ICMS também no mesmo período de R\$ 138.824,02, onde a Contribuinte busca demonstrar que não transferia o encargo a terceiros.

Da mesma forma, visando demonstrar a não transferência do ICMS a terceiros, apresenta um balancete de julho a outubro/07 com a reversão do prejuízo após opção pelo Simples (fls.35/36).

É de se observar que, o fato de destacar o valor do ICMS nas notas fiscais emitidas, não caracteriza repasse a terceiros, e sim, o cumprimento de uma obrigação instituída pelo Fisco para todos os contribuintes do regime débito/crédito.

Cabe aqui ressaltar que é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo.

Assim, tendo a Contribuinte demonstrado ter assumido os encargos do ICMS pleiteado e à prevalência do sistema do Simples Nacional, tem-se por devida a restituição em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir a juntada de procuração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente a Impugnação. Vencida a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora), que julgava parcialmente procedente para restituir à Impugnante a importância de R\$ 5.665,12 recolhida em duplicidade. Participaram do julgamento, além dos signatários, e da Conselheira vencida, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2008.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edécio José Cançado Ferreira
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	18.817/08/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000175632-12	
Impugnação:	40.010122755-31	
Impugnante:	Santana & Cia Ltda.	
	IE: 713184432.00-13	
Proc. S. Passivo:	Geraldo Liberato Sant'Anna	
Origem:	AFII/Viçosa	

Voto proferido pelo Conselheiro Maria de Lourdes Medeiros, nos termos do art 43 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 pleiteia a restituição da importância de R\$ 12.179,36 (doze mil, cento e setenta e nove reais e trinta e seis centavos), sob o fundamento de que recolheu indevidamente esta importância, a título de ICMS normal do comércio, entre o período de 01/07/2007 a 31/07/2007, posto que se encontra enquadrada no regime tributário do Simples Nacional desde o dia 01/07/2007, conforme requerimento de fls. 02.

Esclarece a Impugnante, que não obstante ter optado pelo regime tributário do Simples Nacional em 1º de julho de 2007, no dia 09/08/2007 pagou indevidamente a importância supra mencionada, a título de ICMS normal débito e crédito, referente ao período de 01/07 a 31/07/2007, conforme DAE anexo às fls. 13.

Posteriormente, em 31/08/2007, recolheu o Simples Nacional referente ao mês de julho de 2007, no valor de 17.718,84 (dezesete mil, setecentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos), conforme DAS anexa às fls. 33, estando incluída neste valor a quantia de R\$5.665,12 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos), referente a ICMS, conforme extrato simplificado do Simples Nacional (fls. 41).

Seu pedido foi indeferido pela titular da Delegacia Fiscal de Ubá, sob o fundamento de que quem suporta o tributo é o contribuinte de fato; tratando-se de tributo indireto, a restituição somente poderá ser concedida se provado que não houve a transferência do encargo financeiro ao contribuinte de fato, tudo com base no artigo 166 do Código Tributário nacional – CTN;

Em face da impugnação apresentada, a fiscalização, com o objetivo de verificar se a empresa repassava o valor do ICMS ao contribuinte de fato, no período de 01/07 a 31/07/2007, efetuou diligência na empresa, quando constatou que a Impugnante repassava o valor do ICMS ao consumidor final, e demonstrou que o ICMS estava

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

embutido no preço da mercadoria, conforme notas fiscais, cujas 3^{as} vias anexa às fls.49/80.

A fiscalização conclui que a Impugnante tem direito à restituição do valor R\$5.665,12 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos), que foi recolhido em duplicidade, uma vez que efetuou sobre as mesmas operações realizadas entre o período de 01/07/2007 a 31/07/2007 o pagamento de R\$12.179,36 (doze mil, cento e setenta e nove reais e trinta e seis centavos) como regime de recolhimento de débito e crédito e o pagamento de R\$5.665,12 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos) após o enquadramento no Simples nacional, retroativo a 01/07/2007. Quanto ao restante, o valor de R\$6.514,24(seis mil, quinhentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos), diz que a Impugnante não tem direito à restituição, visto que não tem legitimação ativa para solicitar a restituição do ICMS, por não ter comprovado que assumiu o ICMS sem repasse no preço da mercadoria.

Verifica-se, de acordo com o artigo 166 do Código Tributário Nacional – CTN, que “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”.

Conforme leciona Sacha Calmon Navarro Coelho (Curso de Direito Tributário, 9^a 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.”

Com base nestes fundamentos, legais e doutrinários, posiciona-se de acordo com a manifestação fiscal. Justifica-se:

Quando o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS referente às operações de saídas tributadas entre 01/07/2007 a 31/07/2007 como contribuinte débito/crédito, no dia 09/08/2007, conforme DAE de fls. 14, no valor de 12.179, 36 (doze mil, cento e setenta e nove reais e trinta e seis centavos), foi com base no regime débito/crédito, considerando seus custos referentes à sua carga tributária. O refazimento da apuração do imposto no período e o pagamento como Simples Nacional, no valor de R\$5.665,12 (cinco mil e seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos), somente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ocorreu porque o deferimento do seu enquadramento neste regime retroagiu a 01/07/2007.

Desta forma, evidencia-se o pagamento em duplicidade da quantia de R\$5.665,12 (cinco mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos), dela fazendo jus o contribuinte a título de restituição.

Contudo, no que se refere ao valor de R\$ R\$6.514,24 (seis mil, quinhentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos), a fiscalização trouxe aos autos as notas fiscais emitidas pelo contribuinte no período, onde se verifica o destaque do ICMS e o repasse do seu custo ao consumidor final.

Desta forma, considerando a necessidade de se provar, para fazer jus à restituição, que o contribuinte *de jure* assumiu o encargo do imposto e que não o repassou no preço da mercadoria, o que não ocorreu *in casu*;

Considerando que ao contrário, a fiscalização demonstrou, mediante a juntada de notas fiscais de venda emitidas pela Impugnante, que o encargo referente ao ICMS foi transferido ao destinatário da mercadoria, uma vez que o ICMS encontra-se destacado nas notas fiscais, voto pela procedência parcial da impugnação.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2008.

**Maria de Lourdes Medeiros
Conselheiro**