

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.325/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000173746-14
Impugnação: 40.010127933-11
Impugnante: Comercial Biel Ltda
IE: 062165978.00-38
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – MICRO GERAES/SIMPLES MINAS – FUNDESE - RECOMPOSIÇÃO DE ALÍQUOTA – RECOLHIMENTO INDEVIDO – COMPROVADA A INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ENCARGO FINANCEIRO – ART. 166 DO CTN – IN SUTRI/SEF Nº 01/10. Pedido de restituição de valores indevidamente recolhidos a título de recomposição de alíquota de ICMS, em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo Micro Geraes/Simples Minas. Comprovado o recolhimento indevido, legítimo é o direito à restituição dos respectivos valores corrigidos pela Taxa Selic a partir do pagamento indevido, tendo em vista a comprovação da não repercussão jurídica do encargo financeiro conforme disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional - CTN e na Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/10. Entretanto, deve ser excluído dos valores requeridos aqueles referentes às notas fiscais de entrada que contenham CFOP diferentes de 6101, os anteriores a 01/01/05 (Micro Geras) e a parcela que porventura tenha sido destinada ao FUNDESE. Impugnação parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A Impugnante pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota de ICMS, ao argumento de que recolheu indevidamente a referida quantia relativamente a aquisições de mercadorias em operações interestaduais, realizadas no período em que era optante pelo regime de recolhimento denominado Micro Geraes (□, de 30/12/99), até 31/12/04, e posteriormente ao Simples Minas (Lei nº 15.219/04).

Regularmente instruído o pedido, foi o mesmo indeferido pelo Sr. Delegado Fiscal/1ºNível/BH-1, conforme despacho de fls. 1722, sob o fundamento de que não houve comprovação, pela Requerente, do não repasse do respectivo encargo financeiro aos adquirentes das mercadorias, no preço destas, ou que estivesse expressamente autorizada por eles a receber a restituição, tal como exige o art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN), c/c o § 3º do art. 92 do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com a decisão, a Requerente apresenta, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 1729/1737, em 27/07/11, a Requerente é intimada, doc. fls. 1747, pelo Sr. Delegado Fiscal/1ºNível/BH-1ª a apresentar novos documentos, responde à intimação com a apresentação de documentos às fls. 1758/1759, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 1763/1772.

DECISÃO

Como se vê do relatório supra, trata-se de impugnação contra indeferimento de pedido de restituição de importância indevidamente paga a título de recomposição de alíquota do ICMS, por contribuinte, à época dos citados recolhimentos, optante, inicialmente, pelo Micro Geraes e, posteriormente, pelo Simples Minas.

Cabe citar, a título de ilustração, trechos da Consulta de Contribuintes nº 82/09, respondida pela SUTRI/SEF, que dispõe acerca da matéria:

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, empresa que atua no comércio varejista de roupas em geral, artigos de sapataria, bijuterias e artigos para presente, informa que esteve enquadrada como empresa de pequeno porte (EPP) no Micro Geraes e no Simples Minas durante todo o período de vigência desses regimes e que é optante pelo Simples Nacional desde 01/07/07.

Expõe que, durante a vigência do Micro Geraes, nas aquisições de artigos do vestuário e calçados de estabelecimento industrial ou atacadista, situado em outra unidade da Federação, não excluiu das operações de entrada a parcela de base de cálculo reduzida na entrada (33,33%), para aplicação das alíquotas internas de saída.

Durante o tempo em que esteve enquadrada no Simples Minas, afirma ter recolhido, a título de recomposição de alíquota, nas aquisições de artigos do vestuário, calçados, bolsas e cintos, de estabelecimento industrial ou atacadista situado em outra unidade da Federação, a diferença entre a alíquota interna de 18% e a interestadual de 12%.

Da mesma forma, a partir de 01/01/08, quando já enquadrada no Simples Nacional, diz que recolheu, nas mesmas operações, a antecipação do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Aduz que o item 34, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, na redação vigente até 13/01/06, previa a redução da base de cálculo de 33,33% nas saídas em operação interna, com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, de vestuário e calçados e, na redação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

vigente a partir de 14/01/06, nos mesmos tipos de operação com vestuário, calçados, bolsas e cintos.

Com dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

1 - Na vigência do Micro Geraes, nas aquisições de artigos do vestuário e calçados de estabelecimento industrial ou atacadista, situado em outra unidade da federação, seria excluída a parcela de base de cálculo reduzida na entrada (33,33%) para aplicação das alíquotas internas de saída sobre as operações de entrada?

2 - Durante a vigência do Simples Minas, as aquisições de artigos do vestuário e calçados até 13/01/06 e de artigos do vestuário, calçados, bolsas e cintos a partir de 14/01/06, de estabelecimento industrial ou atacadista situado em outra unidade da Federação, estiveram sujeitas ao recolhimento, a título de recomposição, da diferença de ICMS entre a alíquota interna de 18% e a alíquota interestadual de 12%?

7 - Em decorrência da resposta às perguntas acima, o contribuinte, tendo efetuado recolhimento indevido:

a) Poderá compensar os valores pagos indevidamente com os próximos débitos apurados a título de antecipação de imposto ou diferencial de alíquota para as aquisições de bens do ativo imobilizado e uso ou consumo? Caso afirmativo, os valores a compensar poderão ser corrigidos de acordo com a Selic?

b) Poderá optar pela restituição em espécie?

d) Para exercer o direito à compensação ou à restituição, será necessário retificar as declarações correspondentes aos períodos em que houve recolhimento indevido?

RESPOSTA:

1 - Não. Nos termos do § 16, art. 16, Anexo X do RICMS/02, vigente à época em que vigorou o Micro Geraes, na apuração do valor das entradas, prevista no inciso I do mesmo artigo, para aplicação da alíquota constante do inciso I do caput do artigo 42 do Regulamento citado, não deveria ser excluída a parcela reduzida da base de cálculo na aquisição de vestuário e calçados.

2 - O item 34, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02, na redação vigente até 13/01/06, estabelecia a redução da base de cálculo nas saídas, em operação interna, de vestuário e calçado, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, resultando em uma carga tributária de 12% (doze por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 14/01/06, referido dispositivo foi alterado para que o benefício fosse estendido também às operações com bolsas e cintos. Essa última redação vigeu até 26/03/08, data em que o item 34 citado foi revogado.

Dessa forma e, por força do disposto no § 3º do art. 12 da Lei nº 15.219/2004 c/c inciso II do § 4º do art. 10, Parte 1 do Anexo X do mesmo RICMS/02, vigentes à época em que vigorou o Simples Minas, no período em que esteve enquadrada nesse regime, a Consulente não estava obrigada a efetuar a recomposição de alíquota nas aquisições interestaduais de vestuário e calçados e, a partir de 14/01/06, também nas aquisições de bolsas e cintos, de estabelecimento industrial fabricante, uma vez que, em virtude de lei estadual, a carga tributária prevista para a aquisição interna era igual à alíquota interestadual, ou seja, de 12% (doze por cento).

Contudo, caso adquirisse o produto de estabelecimento que não fosse o industrial fabricante localizado em outro Estado, a Consulente estava sujeita a promover a recomposição de alíquota estabelecida no art. 10, Anexo X do RICMS citado, tendo em vista que a carga tributária prevista para a operação interna era de 18% (dezoito por cento), portanto, superior àquela praticada na operação interestadual.

7 - a, b e d) Caso tenha efetuado recolhimento indevido a título de recomposição de alíquota ou 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 RPTA/08 e, no que couber, no art. 4º do Decreto nº 44.701/08, não sendo necessária a retificação das declarações. Grifou-se.

(...)

Deste modo, somente a partir de 1º de janeiro de 2005 é que a legislação regente eximiu, os optantes pelo regime simplificado de recolhimento, da recomposição de alíquota nas aquisições interestaduais das mercadorias, quando **a carga tributária** relativa à venda a consumidor final fosse igual ou inferior à alíquota interestadual aplicada pelo remetente.

Importante destacar o termo utilizado na legislação do Simples Minas, abaixo transcrita, que dispensava o recolhimento da diferença de alíquota quando a **carga tributária** relativa à venda a consumidor final fosse igual ou inferior à alíquota interestadual.

Diferentemente, a legislação regente do Micro Geraes, também, abaixo transcrita, dispensava o recolhimento da diferença de alíquota nos casos em que a **alíquota interna**, e não carga tributária, fosse igual à alíquota interestadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SIMPLES MINAS Lei nº 15219/04 (vigência de 01/01/05 a 30/06/07)

Art. 12- A empresa optante aplicará sobre o valor das entradas do período a alíquota interna constante no inciso I do art. 12 da Lei nº 6763, de 26 de dezembro de 1975, prevista para mercadoria ou serviço.

§ 3º Nos casos em que a carga tributária de venda a consumidor final for igual ou inferior à alíquota interestadual ou na hipótese de redução de carga tributária relativa à entrada, em virtude de lei estadual, não haverá valor remanescente a ser recolhido na forma deste artigo.

MICRO GERAES - LEI Nº 13437 DE 30/12/99 (VIGÊNCIA 01/04/00 A 31/12/04)

Art. 11- A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam sujeitas ao pagamento mensal do ICMS, apurado da seguinte forma:

Efeitos de 1º/08/2002 a 31/12/2004 - Revogada pelo art. 42, da Lei nº 15.219, de 07/07/2004:

"I - sobre o valor das entradas do período será aplicada a alíquota constante no inciso I do art. 12 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, prevista para a mercadoria ou o serviço, ressalvado o disposto no § 3º;"

Efeitos de 1º/04/2000 a 31/07/2002 - Redação original:

"I - sobre o valor das entradas do período, será aplicada a alíquota constante no inciso I do art. 12 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, prevista para a mercadoria ou o serviço; "

Efeitos de 1º/04/2000 a 31/12/2004 - Revogada pelo art. 42, da Lei nº 15.219, de 07/07/2004:

§3º - Nos casos em que a alíquota interna for igual à alíquota interestadual, não haverá remanescente a ser recolhido na forma do inciso I deste artigo."

Sendo assim, a impugnação é improcedente para o período anterior a 01/01/05, pois, nos termos do art. 11, inciso I c/c o § 3º da Lei nº 13437/99, supracitado, c/c o §16, do art. 16 do Anexo X do RICMS/02, vigentes à época em que vigorou o Micro Geraes, na apuração do valor das entradas, prevista no inciso I do mesmo artigo, para aplicação da alíquota constante do inciso I do caput do art. 42 do Regulamento citado, não deveria ser excluída a parcela reduzida da base de cálculo na aquisição de vestuário e calçados.

Passa-se, então, à análise referente ao período de regência do Simples Minas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com a alteração acima destacada, num primeiro momento as empresas enquadradas no Simples Minas continuaram a recolher valores a título de recomposição de alíquota. Contudo, em agosto de 2005 foi editada a resposta à Consulta de Contribuintes nº 185/05, que praticamente inaugurou os pedidos de restituição dos valores indevidamente pagos àquele título a partir de 1º de janeiro daquele ano.

Não há dúvidas em relação à ocorrência do pagamento indevido, pelo que a controvérsia sob exame restringe-se à matéria puramente de direito, mais especificamente, no tocante à legitimação ativa da Impugnante para pleitear a restituição. Em outras palavras, cumpre verificar o atendimento do disposto no art. 166 do CTN, reproduzido na Instrução Normativa SUTRI/SEF Nº 01/10.

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 CTN.

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 IN SUTRI/SEF nº 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 Nº 1, 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, o encargo financeiro relativo 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 CTN 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na mesma linha de entendimento, José Jayme de Macêdo Oliveira (Código Tributário Nacional: Comentários, doutrina e jurisprudência – Saraiva, SP, 1998, p. 465), 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.

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, 6ª. 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 CTN* –, 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 CTN, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- FINANCISTAS E JURISTAS AINDA NÃO ASSENTARAM UM STANDARD SEGURO PARA DISTINGUIR IMPOSTOS DIRETOS E INDIRETOS, DE SORTE QUE, A TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS, ÀS VÊZES, É MATÉRIA DE FATO, APRECIÁVEL EM CASO CONCRETO.

(...)

1. QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA PSEUDO “TAXA DE FOMENTO DA PRODUÇÃO AGRÍCOLA E INDUSTRIAL” DO ESPÍRITO SANTO, NÃO HÁ QUALQUER DÚVIDA.

(...)

2. RESTA A CONTROVÉRSIA SÔBRE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA REPETIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS, TESE QUE TEM O AMPARO DA SÚMULA Nº 71.

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

O MESMO TRIBUTO 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 VENIA, DE QUE, SEMPRE, ÊLES 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 CTN:

EMENTA:

(....)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 TRIBUTO 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

EMENTA:

(....)

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 3ª REGIÃO

EMENTA:

(....)

A DISTINÇÃO ENTRE CONTRIBUINTE DE DIREITO (O TRIBUTADO) E O DE FATO (O QUE SUPORTA O ÔNUS ECONÔMICO DA TRIBUTAÇÃO) SOMENTE TEM RELEVÂNCIA NOS TRIBUTOS INDIRETOS QUE, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA, ADOTAM COMO TÉCNICA JURÍDICA A TRANSFERÊNCIA, POR DESTAQUE, DA TRIBUTAÇÃO AO AGENTE SEGUINTE DA CADEIA DE PRODUÇÃO E CONSUMO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 166 DO CTN. (...). (TRF-3ª REGIÃO. AMS 2005.61.07.004357-6/SP. REL.: DES. FEDERAL CARLOS MUTA. 3ª TURMA. DECISÃO: 14/03/07. DJ DE 21/03/07, P. 190.)

EMENTA:

(....)

II. A DICÇÃO DO ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO A TRIBUTOS QUE POR SUA NATUREZA COMPORTEM TRANSFERÊNCIA DO RESPECTIVO ENCARGO A TERCEIRO DEVE SER INTERPRETADA NO SENTIDO DE NÃO UMA TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA, MERAMENTE ALEATÓRIA, MAS SIM JURÍDICA, PORQUE OBRIGATÓRIA – COMO OCORRE NO IPI – COGITANDO-SE ALI, PORTANTO, DA NATUREZA JURÍDICA DESSES TRIBUTOS, TUDO EM FUNÇÃO DE COMO A LEI TENHA ESTRUTURADO A INCIDÊNCIA DO GRAVAME SOBRE O CONTRIBUINTE *DE JURE* E SUA TRANSFERÊNCIA AO TERCEIRO. (...) (TRF-3ª REGIÃO. AMS 96.03.074556-1/SP. REL.: DES. FEDERAL ANDRADE MARTINS. 4ª TURMA. DECISÃO: 11/02/98. DJ DE 31/03/98, P. 373.)

TFR 4ª REGIÃO

EMENTA:

(...)

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 CTN 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 CTN 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 acontece. 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 recomposição de alíquota do ICMS. 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.

Acrescente-se, ainda, apenas a título de argumentação, o contexto em que se inseria a tributação simplificada à qual se encontrava submetida a Impugnante.

O regime simplificado de tributação denominado Simples Minas, instituído pela Lei nº 15.219/04, vigente no período de 01/01/05 a 30/06/07, dispunha que sobre a receita líquida tributável mensal (apurada pelas entradas) aplicavam-se percentuais fixos de tributação progressivamente e, também, era vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais que acobertavam as saídas, nos seguintes termos:

Art. 4º - A apuração da receita bruta presumida da empresa comercial optante será feita acumulando-se, mensalmente, o valor total das entradas acrescido de percentual diferenciado, a título de margem de valor agregado, a ser estabelecido pelo Poder Executivo, relativo a cada setor de atividade econômica.

Art. 11 - A empresa optante fica sujeita ao pagamento mensal do ICMS, correspondente à soma dos valores obtidos na forma prevista nos arts. 12 e 13 desta Lei.

(...)

Art. 13 - Sobre a receita líquida tributável mensal auferida pelo contribuinte e apurada na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

forma do § 1º deste artigo, serão aplicados os seguintes percentuais, ficando a parcela até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) dessa receita desonerada do ICMS:

I - 0,5% (zero vírgula cinco por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais);

II - 2% (dois por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais);

III - 3% (três por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e seja igual ou inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

IV - 4% (quatro por cento) sobre a parcela que exceda a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 1º Considera-se receita líquida tributável mensal, para os fins do disposto neste artigo:

I - para empresa comercial ou industrial optante pela apuração simplificada, o valor total das entradas no mês, acrescido do percentual de agregação, excluídos os valores correspondentes a:
(...)

Art. 14 - Fica vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais emitidos pelos seguintes contribuintes optantes pelo regime previsto nesta lei:

I - empresa que apure a receita bruta na forma prevista no art. 4º;

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 CTN e na Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/10.

Portanto, a discussão restringe-se à aplicação da Instrução Normativa SUTRI/SEF Nº 01/11, ao presente caso.

Dispõe a referida IN que:

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,

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.*

No caso em tela, para cumprimento das disposições contidas no art. 166 do CTN e demais normas complementares, vigentes por ocasião do Requerimento, foi expedida pela Delegacia Fiscal BH-1 a Intimação (fls. 1.747) em 22/07/11, para que o contribuinte apresentasse comprovação da existência em estoque no estabelecimento, na data da protocolização do referido pedido de restituição, das mercadorias sobre as quais ocorreu o recolhimento indevido da diferença de alíquotas.

Contudo, após análise da documentação apresentada pela Impugnante, o Fisco verificou que o teor da intimação não foi cumprido. O contribuinte se limitou a apresentar documentos já constantes do presente auto tais como as notas fiscais juntamente com alguns documentos considerados ineficazes ao atendimento à intimação. Não foi juntado aos autos o Livro Registro de Inventário com a escrituração dos estoques de mercadorias existentes na data da protocolização do pedido de restituição.

Entretanto, o que deve restar claro é que a referida IN foi publicada em 13/06/11, ou seja, após a manifestação do pedido de restituição formulado pelo Contribuinte, recebido em 06/11/07, conforme doc. de fls. 02, 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 e tendo em vista a não repercussão jurídica do encargo financeiro, conforme disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN e na Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/10, legítimo, em parte, é o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos para excluir dos valores requeridos, aqueles referentes às notas fiscais de entrada que contenham CFOP diferentes de 6101, os anteriores a 01/01/05 (fatos geradores ocorridos no período de enquadramento no Micro Geraes) e a parcela que porventura tenha sido destinada ao FUNDESE, devendo incidir a correção pela Taxa Selic sobre os valores a ser restituídos, a partir do pagamento indevido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe salientar que o abatimento dos valores destinados ao FUNDESE, respalda-se no entendimento exposto pela SLT/SEF/MG na Consulta Fiscal Direta nº 944/98, cujos trechos são abaixo transcritos:

"SEF/SLT Consulta Fiscal Direta nº 944/98

ASSUNTO:RESTITUIÇÃO - CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO MICRO GERAES - A restituição de tributo indevidamente recolhido aos cofres públicos, no caso de contribuinte enquadrado no Micro Geraes, deverá ser efetivada em espécie (moeda corrente), se inviabilizada a sua dedução no ICMS a recolher.

(...)

3 - Lembramos, finalmente, que a restituição em questão se refere, exclusivamente, ao pagamento indevido ou a maior de imposto e que, no caso do FUNDESE, por se tratar de contribuição a fundo de desenvolvimento, apenas com a característica de ser dedutível no valor a recolher a título de ICMS, como também existem, na esfera federal, vários incentivos a atividades diversas, como arte e cultura, esporte, pesquisas, etc., dedutíveis de impostos federais, não se lhe aplicam as normas da legislação tributária, sendo que a restituição, se de direito, deverá ser solicitado junto a quem houver recebido os valores indevidamente, neste caso o órgão gestor do fundo." Grifou-se.

Vale destacar que a restituição atinge exclusivamente as aquisições realizadas de estabelecimentos industriais e, por óbvio, as operações com mercadoria de produção própria do remetente. Assim, há de se deferir a restituição exclusivamente em relação às aquisições sob o CFOP 6.101. Esta peculiaridade deve ser analisada diante da legislação mineira que estabelecia a redução da carga tributária interna na operação de saída promovida pelo estabelecimento industrial fabricante, *ex vi*, do item 34, da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, vigente à época dos fatos geradores.

Com relação à utilização da Taxa Selic como índice de atualização, oportuno esclarecer que o assunto foi amplamente tratado no Acórdão nº 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 AgRg no Agravo de Instrumento nº 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):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"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.

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, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a Impugnação para: 1) excluir os valores referentes às notas fiscais de entrada que contenham CFOP diferente de 6101; 2) excluir valores porventura recolhidos à título de FUNDESE; 3) excluir valores anteriores à 01/01/05 (Micro-Gerais), devendo incidir a correção pela Taxa Selic sobre os valores a serem restituídos, a partir do pagamento indevido. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, que a julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 2011.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Fernando Luiz Saldanha
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.325/11/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.000173746-14	
Impugnação:	40.010127933-11	
Impugnante:	Comercial Biel Ltda.	
	IE: 062165978.00-38	
Proc. S. Passivo:	Rogério Andrade Miranda/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-1 – Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, 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.

Trata-se de pedido de restituição de importância indevidamente recolhida a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), por contribuinte optante pelo Micro Geraes / Simples Minas, sob o fundamento de que não era devida a antecipação do imposto em relação aos produtos que adquiriu de estabelecimento industrial fabricante, localizado em outra unidade da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivaliam naquele período.

É necessário esclarecer que a Superintendência de Tributação desta Secretaria, editou a Instrução Normativa nº 01/11 SUTRI/SEF, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

É indene de dúvidas, que a regra posta teve por objetivo alcançar também os pedidos formulados anteriormente a sua edição, conforme se depreende do disposto no seu parágrafo único retrotranscrito.

Verifica-se que a Fiscalização intimou a Impugnante a comprovar que a mercadoria adquirida encontrava-se em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição. Mas, a Impugnante deixou o prazo transcorrer *in albis*.

Lado outro, a norma ínsita no art. 182, I da Lei nº 6763/75, estabelece:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

(...)

Deste modo, considerando também as disposições do art. 110 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/2008 (RPTA), e que não pode este Órgão negar a aplicação ao dispositivo da instrução normativa em comento, voto pela improcedência da Impugnação.

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Conselheira**