

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.174/13/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 16.000489682-73
Recurso de Revisão: 40.060134917-03
Recorrente: Fashion Mall Ltda
CNPJ: 03.196684/0001-37
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Marcus Vinícius Rocha Brum Marques
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SIMPLES NACIONAL – ANTECIPAÇÃO DE IMPOSTO – RECOLHIMENTO INDEVIDO – IN SUTRI/SEF nº 01/10. Pedido de restituição de valores recolhidos a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), em decorrência da aquisição de mercadorias, por contribuinte optante pelo regime Simples Nacional. Entretanto, a Recorrente não comprova que não repassou o encargo financeiro do imposto pago na entrada das mercadorias aos adquirentes ou que os produtos, objetos da restituição, estavam em estoque no seu estabelecimento na data da protocolização do pedido, conforme previsto no art. 4º da Instrução Normativa SUTRI nº 01/10. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A ora Recorrente, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Nacional, pleiteou a restituição de valores recolhidos a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), no período de abril a dezembro de 2008, ao argumento de que recolheu indevidamente a referida quantia relativa às aquisições de artigos de vestuário em operações interestaduais, cuja alíquota do imposto é a mesma nas operações internas (12%), daí não haveria diferença a ser complementada. Por esse motivo, os recolhimentos efetuados à época foram indevidos, razão pela qual pleiteia a sua devolução em espécie.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.146/13/3ª, pelo voto de qualidade, julgou improcedente a impugnação, indeferindo o pedido de restituição.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído o Recurso de Revisão de fls. 212/222, requerendo, ao final, o seu provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidades capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se aquela decisão, conforme a seguir.

Trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido, no período de maio a dezembro de 2008, a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), prevista no § 14 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02, por Contribuinte do ramo do comércio varejista de artigo de vestuário, enquadrado no regime do Simples Nacional, sob o fundamento de que não era devido o imposto em relação aos produtos que adquiriu de estabelecimentos localizados em outra Unidade da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual se equivaliam naquele período.

O dispositivo retrocitado tem a seguinte redação:

Parte Geral do RICMS/02

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.

As mercadorias comercializadas pela Recorrente, 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 subalínea “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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 da subalínea “b.55” exigem que as operações sejam promovidas por estabelecimento industrial fabricante com destino a estabelecimento de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, e teve sua vigência fixada a partir de 27/03/08; sendo que, entre 15/12/02 e 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, 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 Recorrente 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 CTN 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 recorrente 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 Recorrente.

Com vistas a observar a determinação expressa na legislação tributária, a Recorrente foi intimada, às fls. 56, 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 Recorrente, 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 que, por ser uma empresa enquadrada no regime do simples nacional, não destaca o ICMS nos documentos fiscais emitidos nas operações mercantis de vendas dos produtos e, por consequência, não transfere diretamente encargos a terceiros.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RPTA, visto que existe a possibilidade de transferência do respectivo encargo financeiro, via custo de mercadorias.

Dessa forma, a alegação de que as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional não transferem o encargo financeiro do tributo, uma vez que estão impossibilitadas de destacar o imposto nos documentos fiscais e, por isso, não são atingidas pelo art. 166, não encontra sustentação.

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

Lei nº 6.763/75

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;

Assim, considerando que a Recorrente não comprovou que as mercadorias, objeto da repetição de indébito, 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 proibição a este Órgão de negar aplicação ao dispositivo da instrução normativa em comento, indefere-se a restituição pleiteada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe dava provimento, nos termos do voto vencido. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor), Fernando Luiz Saldanha e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 01 de novembro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Sauro Henrique de Almeida
Relator**