

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.754/15/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 16.000497773-40  
Impugnação: 40.010135180-97  
Impugnante: Espaço da Casa Ltda  
IE: 002006523.00-35  
Proc. S. Passivo: Milton Cláudio Amorim Rebouças/Outro(s)  
Origem: DF/BH-1

### **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 Requerente não comprova que não repassou o encargo financeiro do imposto pago na entrada das mercadorias aos adquirentes ou que os produtos, objeto 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. Impugnação improcedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A Requerente, enquadrada no regime de recolhimento denominado Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/06), pleiteia a restituição de valores recolhidos a título de recomposição de alíquota (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), no período de agosto de 2012 a julho de 2013.

Alega que recolheu indevidamente a quantia relativa a aquisições de mercadorias em operações interestaduais, uma vez que, a partir de 27/03/08 não há diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nos termos da subalínea “b.55” do inciso I do art. 42 do RICMS/02.

A Fiscalização intima a Requerente, às fls. 32, a prestar esclarecimentos acerca da origem do recolhimento indevido do ICMS constante do pedido de restituição, apresentar planilhas de cálculo do imposto e cópias das notas fiscais objeto do pedido e comprovar que as mercadorias, objeto do pedido, encontravam-se em estoque no estabelecimento na data do pedido de restituição.

Em atendimento à intimação, a Requerente traz aos autos (fls. 34/35) cópias das notas fiscais de aquisição das mercadorias, planilha de cálculo e justificativas para o pedido.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Delegado Fiscal/1º Nível/BH-1 indefere o pedido, conforme Despacho de fls. 105, com base no Parecer Fiscal de fls. 101/104, sob o fundamento de que não houve comprovação, pela Requerente, de que a mercadoria, objeto da restituição, estava em estoque no estabelecimento na data da protocolização do pedido de restituição.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 108/116, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 372/377.

A 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, na sessão do dia 05 de fevereiro de 2014, converte o julgamento em diligência (fls. 382) para que a Fiscalização informe se na data do pedido de restituição o estoque comportava, no todo ou em parte, a quantidade de mercadoria (ainda que não perfeitamente identificáveis) equivalente àquela, objeto do pedido de restituição.

A Fiscalização intima a Requerente a retransmitir a totalidade dos arquivos eletrônicos (Sintegra) do período de agosto de 2012 a setembro de 2013, corrigindo as irregularidades especificadas no Auto de Intimação, o que não foi atendido.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 388/391 e conclui que devido às inconsistências constatadas nos arquivos eletrônicos (Sintegra) fica prejudicada a resposta à diligência solicitada pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais – CC/MG.

A Impugnante manifesta-se às fls. 398/400 e requer produção de prova pericial para se alcançar o objetivo da determinação da diligência.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 402/403 e requer a improcedência da impugnação.

---

### **DECISÃO**

#### **Do Pedido de Perícia**

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de apurar o estoque das mercadorias na data do pedido de restituição, para tanto formula o quesito de fls. 400.

O pedido de prova pericial mostra-se meramente protelatório, uma vez que a própria Impugnante entende tratar-se de mercadorias não identificáveis, sendo impossível afirmar que as mercadorias constantes nas notas fiscais emitidas no período de agosto de 2012 a julho de 2013 encontravam-se em estoque na data de protocolização do pedido de restituição, 03/09/13.

Portanto, indefere-se o pedido de perícia.

#### **Do Mérito**

Conforme relatado, trata-se de pedido de restituição de ICMS recolhido a título de antecipação de imposto (diferença entre a alíquota interna e a interestadual), no período de agosto de 2012 a julho de 2013, prevista no § 14 do art. 42 do

RICMS/02, por Contribuinte 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 outras unidades da Federação, posto que a alíquota interna de aquisição e a interestadual equivaliam-se naquele período.

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 Impugnante argumenta que recolheu indevidamente a quantia relativa a aquisições de mercadorias em operações interestaduais, uma vez que, a partir de 27/03/08, não há diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nos termos da subalínea “b.55” do inciso I do art. 42 do RICMS/02.

Acrescenta, ainda, que a Instrução Normativa nº 01/10 não se aplica às hipóteses dos autos, bem como a nenhuma outra que trate de mercadorias fungíveis, uma vez que artigos de cama, mesa e banho não têm numeração de série, sendo impossível afirmar com precisão quais produtos em estoque estariam acobertados pelas notas fiscais especificamente consideradas.

Inicialmente, para o deslinde da questão, importante verificar o alcance das disposições contidas nos arts. 165 e 166 do Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Depreende-se da legislação retrocitada que o sujeito passivo tem direito à restituição de tributo pago indevidamente desde que comprove que assumiu o encargo financeiro do respectivo imposto, isso para o caso de tributos que comportem, por sua natureza, essa transferência do encargo financeiro.

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 um 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.

A apuração do ICMS/Recomposição de alíquota se realiza 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, visto que existe a possibilidade de transferência do respectivo encargo financeiro, via custo de mercadorias.

Nessa linha de entendimento, a aplicação do art. 166 do CTN depende da prévia verificação, em cada caso concreto, da existência da repercussão jurídica do encargo financeiro decorrente do pagamento indevido.

No caso dos autos, a Impugnante não apresentou qualquer prova de que assumiu o encargo financeiro do imposto ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a receber a restituição.

Com relação à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, cumpre esclarecer que até 26/03/08, a alíquota prevista para a operação interna com produtos do vestuário e outros era de 18% (dezoito por cento) promovidas tanto por estabelecimentos industriais, quanto por estabelecimentos comerciais, atacadistas ou varejistas.

Com a edição do Decreto nº 44.754/08, com efeitos a partir de 27/03/08, 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 e outros promovidas por estabelecimento industrial fabricante com destino a contribuinte inscrito neste Estado, *in verbis*:

### RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

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

(...)

b.55) vestuário, artefatos de cama, mesa e banho, coberturas constituídas de encerados classificadas na posição 6306.19 da NBM/SH,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

Dessa forma, para fatos ocorridos a partir de 27/03/13 não é devida a antecipação do imposto em relação às aquisições dos referidos artigos de estabelecimento industrial fabricante localizado em outra unidade da Federação, uma vez que não mais existe diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Contudo, por determinação legal expressa, somente será deferida a restituição caso a Requerente comprove que a mercadoria, objeto da restituição, estava em estoque no estabelecimento na data da protocolização do seu pedido de restituição.

Essa determinação está prevista no art. 1º da Instrução Normativa SUTRI/SEF nº 01/11, de 12/07/11, que deu nova redação ao art. 4º da Instrução Normativa 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."

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

Com vistas a observar a determinação expressa no referido dispositivo da Instrução Normativa, a Impugnante foi intimada 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.

Não foi, contudo, apresentada nenhuma prova inequívoca de que as mercadorias se encontravam em estoque. A Impugnante afirma que se trata de mercadorias fungíveis e como tal, seria impossível tal comprovação.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, atendendo ao despacho interlocutório de fls. 382, a Fiscalização informa que as inconsistências constantes dos arquivos eletrônicos não permitiam executar a rotina de levantamento quantitativo para definir o estoque de mercadorias na data de protocolização do pedido de restituição.

Destaca-se que, por determinação legal prevista no art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), é defeso a este Órgão Julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *in verbis*:

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

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

(...)

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, 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 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Maria Vanessa Soares Nunes.

**Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2015.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente / Revisora**

**Antônio César Ribeiro**  
**Relator**

GR/D