

Acórdão: 14.914/02/2^a
Impugnação: 40.010102369-70
Impugnante: Difarmig Ltda
PTA/AI: 16.000023904-81
Inscrição Estadual: 062.242972.0034 (Requerente)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS/ST - Pedido de restituição de ICMS/ST correspondente ao incidente sobre a diferença entre a base de cálculo da retenção original e a utilizada pela Requerente, atacadista do setor de medicamentos, nas vendas diretas a não contribuintes, sob alegação de inoccorrência de fato gerador presumido. Indeferimento pela Administração Fazendária. Correta a decisão, ante ausência de previsão de ressarcimento para a espécie e por não comprovada configuração de indébito. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

A Impugnante em tela, CAE 43.3.1.00-1, dedicada ao comércio atacadista de produtos farmacêuticos, médicos, hospitalares, móveis e equipamentos hospitalares, tendo efetuado vendas de medicamentos a não contribuintes (hospitais, casas de saúde, creches, prontos-socorros e similares e órgãos da administração pública federal, estadual e municipal) já com o imposto por ST retido pelos fornecedores e ou pago na entrada, ingressou, junto à Administração Fazendária de sua circunscrição, com pedido de restituição da parcela correspondente ao incidente sobre a diferença entre a BC da retenção originária e a efetivamente utilizada em tais operações, relativamente ao período que se estende de 01.11.97 a 31.08.98 (fls. 02/06).

Atribui como fundamentos legais do pedido o art. 150, § 7º, da CF/88; o art. 10 da LC 87/96; o art. 22, § 11, da Lei 6.763/75 e o art. 28 do RICMS/96.

O Fisco, em Pareceres de fls. 83/87, opinou pela denegação do pedido, redundando no indeferimento, pela autoridade competente, conforme despacho de fl. 88.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a decisão denegatória de sua pretensão, a Requerente, por intermédio de representante legal e comprovando pagamento da compulsória taxa de expediente (fl. 91), compareceu tempestivamente aos autos para impugná-la (fls. 92/100), fazendo-o com os seguintes argumentos:

esclarece que até 23.10.97, era detentora de Regime Especial (DLT/SRE nº 137/94, de 15.07.94 - fls. 08/15), que lhe permitia recuperar a parcela do ICMS incidente sobre a diferença de BC da retenção, por ST, utilizada e aquela empregada nas vendas diretas a não contribuintes, a preço de atacado (hospitais, centros de saúde, creches, órgãos públicos etc); a partir de então, por força do Decreto 39.184/97, foram todos os Regimes Especiais cassados, para efeito de novo disciplinamento do ressarcimento;

diz que, com espeque no § 3º do art. 273, firmou Termo de Acordo com a Fazenda Estadual (em 31.08.98) - nº 12.983158-4 - , assumindo sujeição passiva como substituto tributário nas saídas que promovesse, em vez de proceder à sistemática de recolhimento determinada pelo art. 85, II, "a3", do RICMS/96, obviamente não arcando com retenção nas vendas a consumidores finais;

salienta que no período que se estende de 01.11.97 a 31.08.98, com relação às mercadorias entradas com retenção do imposto ou por ela mesma retido e recolhido, conforme determinação regulamentar, continuou a apurar valor de ICMS a recuperar sobre vendas diretas a consumidores (não contribuintes), informando-o nas notas fiscais, como ao tempo do Regime Especial, porém, não o lançando em outros créditos; esta é a parcela a que entende ter direito ver-se ressarcida, dado que "não realizado o fato gerador presumido", porque ditos clientes não são contribuintes, caracterizando as saídas, por estes, "sem incidência", logo, não assumindo a figura jurídica de "substituídos";

fundamenta o pleito na CF(art. 150, § 7º), na LC 87/96 (art. 10), na Lei 6.763/75 (art. 22, § 11), no RICMS/96 (art. 28) e nas Consultas DOT/DLT/SRE 177/97, 222/98 e 079/99;

sustenta não prevalecer, na espécie, a disposição do art. 134 do RICMS/96, que chocaria com o 28 do mesmo diploma, e nem interpretação restrita do art. 349 do Anexo IX, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade;

insiste que a própria Fazenda já lhe reconheceu o mesmo direito, quer pelo RE 137/94, quer pelo Termo de Acordo firmado em 1998, não se justificando a ora negativa.

Conclui, pedindo deferimento do pedido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 110/114, refuta as alegações impugnatórias.

Argumenta que o art. 349 do Anexo IX ao RICMS/96, que estabelece as situações passíveis de ressarcimento de ICMS/ST, não contempla aquelas saídas a que se refere o pedido de restituição.

Saídas sob isenção/não-incidência - *continua* - não incluem aquelas para hospitais, creches, prontos-socorros e similares ou órgãos públicos, como pretendido pela Requerente.

Explicita que a Consulta 177/97 tão só reconhece que as pessoas jurídicas ali aludidas não são contribuintes, mas não versa sobre direito de ressarcimento. De igual forma, a 222/98 restringe-se a esclarecer os termos do Acordo firmado.

De modo semelhante, tocante a apontada Consulta 079/99, ressalta que, com referência à BC, o instituto da ST é definitivo, não importando complementação ou restituição de imposto.

Por derradeiro, explica que o RE visa suprir omissões na legislação, mas fora cassado, não se eternizando a concessão, e que o Termo de Acordo não teve por objetivo ressarcimento, mas conferir à Impugnante a condição de substituto tributário nas operações internas.

Conclui, ratificando entendimento de improcedência do pedido de restituição.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 117/122, opina pela manutenção da decisão de indeferimento do pedido de restituição.

DECISÃO

Considerando que o Parecer da Auditoria Fiscal aborda com propriedade a matéria em litígio, transcrevemos a seguir o seu inteiro teor que passa a integrar a presente decisão.

“Centra-se a análise da matéria do presente PTA, para efeito de decisão sobre a controvérsia gerada com a denegação do pedido de restituição, em dois aspectos: ocorrência ou não de fato gerador presumido e base de cálculo de retenção de ICMS/ST.

A preexistência de Regime Especial à época das operações a que se refere a pleiteada restituição e o Termo de Acordo firmado posteriormente são irrelevantes para o deslinde da questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se trata, na espécie, de apurar se a concessão do RE, para tempo outro, fora correta ou não.

Já o TA posterior respaldou-se na legislação regente e investiu a Impugnante na sujeição passiva, como substituto tributário nas operações internas com medicamento para uso humano.

O enfoque deve convergir para o período de 01.11.97 a 31.08.98. Tem ou não direito, a Requerente, de recuperar, sob forma de crédito em conta gráfica, ICMS relativo à diferença entre a base de cálculo que servira à retenção e aquela empregada nas vendas diretas aos consumidores finais (hospitais, creches, prontos-socorros e similares e órgãos públicos)?

Analisando os dispositivos legais apontados pela Impugnante como fundamentos de seu pretensão direito, infere-se, por óbvio, que o direito a ressarcimento exsurge com a não realização da operação do substituído, quer seja, do fato gerador presumido.

Na cadeia circulatória podem existir "n" operações sucessivas.

Quando a Impugnante adquire mercadoria sujeita à ST com o imposto retido, figura como substituído, ainda que o faça para consumo próprio. Ao realizar operação de venda, seja para varejista, seja para consumidor final, ocorre o fato gerador presumido, que ensejara a retenção original.

Essa responsabilidade pela ST se lhe transfere, caso receba os produtos sem a retenção, obrigado ou não o remetente, ocasião em que deve calcular e recolher antecipadamente a qualquer operação que venha a praticar, quando na entrada no território mineiro, se de outra UF, ou no estabelecimento (art. 85, II, "a3" c/c alínea "c" - do RICMS/96).

Obviamente não se conhece, por ocasião da aquisição, qual destino terão as mercadorias, quantas operações sucessivas ocorrerão até a chegada ao consumidor final.

A sistemática do regime não se altera, impondo-se-lhe agora, enquanto responsável, o cálculo e o recolhimento antecipado.

A base de cálculo do imposto pela(s) operação (ões) subsequente(s) é fixada pela legislação (LC art. 8º, II, "a" a "c" c/c art. 239, *caput* e parágrafos, do RICMS/96), na espécie, preço de tabela sugerida por órgão competente ou, na falta desta, pelo industrial, em ambos os casos, para venda a consumidor final. Se inexistentes, o preço do remetente na venda a varejistas, acrescido do IPI, frete/carreto, demais despesas debitadas ao destinatário e dos percentuais de 42,85% para operações internas e 53,30% para as interestaduais, reduzido, a final, de 10%.

Se o industrial (fornecedor) não praticar vendas a varejistas, toma-se por partida o preço do atacadista/distribuidor nas vendas a varejistas, agregado das parcelas mencionadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em momento nenhum se estabeleceu que a BC pudesse ser o preço praticado pelo distribuidor/atacadista para o consumidor direto, assim entendidos hospital e similares e órgão público.

É interessante observar que, pela sistemática da tributação, quando o distribuidor/atacadista recebe o produto sem retenção, a legislação lhe impõe a obrigação de calcular o imposto, conforme base de cálculo determinada no Regulamento, e recolhê-lo antecipadamente.

É relevante ressaltar que operações diretas de distribuidor/atacadista para hospitais e similares e órgãos públicos são fatos rotineiros e no entanto não provocaram nenhum tratamento específico pelo legislador.

Não obstante isso, por lógica jurídica, se o atacadista/distribuidor assume a sujeição passiva por substituição (caso de não retenção anterior), vindo a praticar vendas diretas a não contribuintes, não teria, em tais operações, que reter e recolher imposto por substituição, pois que não existirão operações posteriores. Deveria, sim, pagar o imposto da operação própria.

Já quando opera com esses clientes na qualidade de substituído, não se pode falar em desconfiguração da ST, ou mesmo da BC, porque inexistente previsão de quantas fases circulatórias possam ocorrer a partir da saída do estabelecimento industrial/importador.

De qualquer modo, a legislação específica, no caso, o RICMS/96, não previu como hipótese de ressarcimento parcela de ICMS apurável por diferença de BC de imposto retido e de valor de operação real de distribuidor/atacadista em vendas diretas a consumidores, ainda que a preços de atacado (ver art. 349 do Anexo IX ao RICMS/96).

Diversas Consultas de Contribuintes, v.g., DOT/DLT/SRE 060/94 e 072/96, bem assim a Consulta Fiscal Direta EF/SLT 413/94 e o Acórdão 13.242/99/2ª dão a entender que a matéria deva ser tratada por meio de Regime Especial. Por último, a situação se resolveria através de Termo de Acordo (art. 237, § 3º - Anexo IX - RICMS/96).

Tocante os autos, existe um pedido de restituição, sob alegação de recolhimento a maior.

Estudando a planilha da Requerente (fls. 17/70), percebe-se tratar-se de levantamento efetuado nos moldes de um Regime Especial cassado, logo, sem produção de efeitos jurídicos.

Tal instrumento não permite conhecer quais operações se deram com imposto retido pelo fornecedor e quais pela própria Requerente.

Não se faz acompanhar de qualquer comprovante de efetivo pagamento de imposto ST, seja de fornecedor, seja próprio.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não comprova inequivocamente a ocorrência de indébito e nem de que o imposto, se retido a maior tivesse sido, fora ou não repassado aos adquirentes.

Destarte, além da ausência de previsão legal específica para restituição (ressarcimento), o pedido não comprova o indébito e não atende aos requisitos do art. 36, § 1º da CLTA/MG.”

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 José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 09/05/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

Roberto Nogueira Lima
Relator

RC