

Acórdão: 15.449/02/3^a
Impugnação: 40.010105447-80
Impugnante: Difarmig Ltda.
Proc. da Impugnante: Janir Adir Moreira/outros
PTA/AI: 16.000049088-01
Inscrição Estadual: 062.242972.0034
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COBRIGADO - SOLIDARIEDADE - Por ter recebido mercadorias com retenção a menor do imposto, a Impugnante responde solidariamente pela obrigação tributária, nos termos do art. 29 do RICMS/96. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância paga, conforme DAE de fls. 58, relativo ao crédito tributário formalizado mediante o Auto de Infração n. 01.000128161.65. No qual figurou como Coobrigada, por entender que foi indevido.

O Pedido de Restituição formulado pela Impugnante foi indeferido pela Chefia da Administração Fazendária de Belo Horizonte, conforme despacho de fls. 74.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação de fls. 78/82, requerendo a sua procedência.

O Fisco, apresenta a manifestação de fls. 90/91, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A DIF/SRE ratifica a manifestação fiscal, por refutar de forma satisfatória a Impugnação apresentada.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 94/95.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.98/102, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Amparada na reformulação da Consulta 174/97, a Impugnante formulou Pedido de Restituição da importância paga relativamente ao crédito tributário formalizado mediante o Auto de Infração n.º 01.000128161.65, lavrado contra o Instituto de Medicamentos e Alergia IMA Ltda., no qual figurou como Coobrigada.

A Impugnante liquidou o referido Auto de Infração com os benefícios oferecidos pela Lei n.º 13.243/99, de 23.06.99, conforme ela própria afirma, cópia da DAE a fls. 58.

O Auto de Infração versa sobre retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido pelas subseqüentes saídas de medicamentos em operações promovidas pela Autuada, estabelecida em outra unidade da Federação, para a Coobrigada.

Conforme reformulação da Consulta n.º 174/97, cópia a fls. 29, prevaleceu o entendimento de que a responsabilidade, prevista no art. 29 do RICMS/96, somente se aplica quando o destinatário receber a mercadoria sem a retenção do imposto.

A Impugnante, quando do seu Pedido de Restituição, cita vários Acórdãos que tratam da mesma matéria, que excluem o contribuinte mineiro do pólo passivo da exigência, por eleição errônea do contribuinte.

Entende-se que a responsabilidade prevista no art. 29 do RICMS/96 aplica-se quando o destinatário receber a mercadoria sem a retenção, como também na hipótese de retenção a menor do imposto, haja vista que recolhimento a menor do imposto é falta de recolhimento de uma parte devida.

Ademais conforme ressaltado pelo Fisco a fls. 65/67, “ao analisarmos a situação específica do recolhimento a menor do imposto devido, podemos lançar mão do art. 34 para clarificar a inteligência e o espírito do art. 29 do RICMS/96, uma vez que no artigo 29 o legislador não contempla a situação de recolhimento a menor, o fazendo apenas no art. 34 por exclusão, qual seja, uma vez que em seu bojo é claramente mostrada a relação de responsabilidade do substituído que é eximido de recolher a diferença do imposto quando corretamente recolhido. O imposto corretamente recolhido é aquele que acata todos os ditames do RICMS/96 quanto a sua apuração e prazo de recolhimento”. O Fisco acrescenta, ainda, que “analisando o artigo 34 do citado Regulamento, podemos concluir que, por extensão, caso o imposto não tenha sido corretamente recolhido este perde seu caráter definitivo, não encerrada portanto a relação jurídico tributária que tem no seu pólo passivo tanto o contribuinte substituto quanto o contribuinte substituído, os quais nessa hipótese estão sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo”.

Se o substituído fica desobrigado de recolher o imposto, se corretamente recolhido, evidencia que, quando não recolhido integralmente pelo substituto, aquele responde pela sua diferença.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a Impugnante foi eleita corretamente como Coobrigada pelas exigências fiscais formalizadas no Auto de Infração n.º 01.000128161.65, doc. fls. 14/15.

Então, ela não faz jus à restituição pleiteada.

Além disso, por ter habilitado aos benefícios concedidos pela Lei n.º 13.243/99, para liquidação do crédito tributário, a Impugnante efetuou uma **confissão irretratável do débito e a expressa renúncia a qualquer recurso administrativo**, conforme dispõe o § 7º do art. 31 da referida Lei, transcrito pelo Fisco às fls. 90/91.

Tem-se, ainda, que, considerando que o ICMS é um imposto indireto pago pelo consumidor final, no caso dos autos não foi atendido o disposto no art. 166 do CTN, que estabelece 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”*.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 20/06/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Revisora

Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator