

Acórdão: 1.042/00/5^a
Impugnação: 57.706
Impugnante: Auto Mecânica Fontaniello Ltda
PTA/AI: 16.000017088-87
Inscrição Estadual: 026.067841.0077
Origem: AF/I Andradas
Rito: Ordinário

EMENTA

Restituição - ICMS/ST - Comprovado nos autos que os fatos geradores presumidos se realizaram (venda a consumidor final), o que retira o direito à restituição do imposto pago por força da substituição tributária, conforme disposto no art. 22, § 11, da Lei 6763/75. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Impugnante requer a restituição do valor de R\$ 328.476,03 (equivalentes a 336.208,8321 UFIR) de ICMS pago, no seu entender, indevidamente, a título de substituição tributária por terem sido as bases de cálculo utilizadas na ST (valores de tabela) superiores às efetivamente comercializadas. Tal valor a.

Relata que adquire da montadora Volkswagen do Brasil Ltda os veículos novos que revende, pagando antecipadamente, em relação a cada aquisição, o ICMS referente às operações futuras de venda a consumidor final. Diz ainda que, face à concorrência existente e a própria situação econômica, as operações de venda dos veículos que comercializa têm, sistematicamente, bases de cálculo inferiores àquelas sobre as quais o ICMS fora calculado e recolhido. Com isto, pretende creditar-se nos livros fiscais do montante do indébito, acrescido de correção monetária, para compensação com débitos vincendos verificados em outras operações, tributadas pelo regime normal. Como certamente haverá créditos remanescentes, transferi-los-á para a montadora.

Sustenta sua convicção no princípio constitucional da não-cumulatividade, no parecer de Hugo de Brito Machado sobre a possibilidade de restituição de imposto, em caso de não ocorrência do fato gerador presumido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, no Decreto-lei nº 406/68 que elege como base de cálculo do ICMS o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria e no § 7º, do artigo 150 da Constituição Federal que estabelece que a lei instituidora da substituição tributária deve prever forma de restituição de eventuais pagamentos indevidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexa, quadro demonstrativo do crédito cuja restituição pleiteia e as notas fiscais de aquisição da montadora com as correspondentes notas fiscais de saída, comprobatórias de que os valores efetivos de venda foram menores que aqueles sobre os quais o imposto ST incidiu.

O Fisco, às fls. 2180 a 2182, pronuncia-se contrariamente à pretendida restituição.

Inconformada, a empresa apresenta tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnação ao indeferimento do pedido de restituição de ICMS, às fls. 2184 a 2203.

Reapresenta os termos do pedido inicial e anexa aos mesmos a Apelação Cível e Reexame Necessário nº 59.396-2, do Tribunal de Justiça do Paraná, que trata do tema.

Solicita, pois, a procedência de sua impugnação.

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 2206 a 2214, rebate a tese defendida pela Impugnante de que a não restituição implicaria em cumulatividade do imposto com as transcrições dos artigos 32 e 62 do RICMS/96 e do artigo 28 da Lei 6763/75 que impõem a não cumulatividade do imposto e a obrigatória subtração do valor devido pelas operações próprias no cálculo do valor a recolher a título de ST.

Afirma que os fatos geradores, no presente caso, estão sobejamente consubstanciados nos Autos, através das notas fiscais anexadas pela própria Impugnante, impedindo a restituição prevista no art. 28 do RICMS/96, que a assegura somente quando o fato gerador presumido não se realizar.

Com relação à base de cálculo adotada, o Fisco ratifica seu entendimento de que o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, transcreve o artigo 34 do RICMS/96 e anexa a Consulta de Contribuinte 36/99 e 37/99 além da Consulta Fiscal Direta nº 817/97.

Sobre a cópia da “Apelação Cível e Reexame Necessário nº 59396-2 do Tribunal de Justiça do Paraná”, anexada aos Autos pela Impugnante, o Fisco não se manifesta por não se refletir em sentença tramitada em julgado, uma vez que se refere a Mandado de Segurança.

Conclui, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A própria Impugnante confessa e prova por meios documentais anexos ao PTA, que os fatos geradores presumidos se realizaram, isto é, as vendas dos veículos adquiridos do fabricante sob o regime de substituição tributária, foram por ela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetuadas, o que retira-lhe o direito à restituição conforme § 11 do artigo 22 da Lei Estadual 6763/75:

Art. 22 -

.....

§ 11 - É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar. (grifo nosso).

O § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, citado pela Impugnante e que lhe daria, como corolário, a prerrogativa de restituição do imposto, não faz outra coisa senão cassar-lhe tal direito:

Art. 150 -

.....

§ 7º - A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cuja fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (g.n.)

O pedido de restituição de diferença “paga a maior” por ter sido o imposto ST calculado e recolhido por uma base de cálculo superior à efetivamente comercializada revela-se frágil considerando que as regras para o estabelecimento da base de cálculo para a retenção do ICMS/ST estão claramente contidas na Lei Complementar 87/96, em seu artigo 8º, em consonância com o estabelecido no art. 146, III “a” c/c art. 155, XII, “b” da Constituição Federal/88.

O § 3º do artigo 8º da referida Lei Complementar estabelece:

Art. 8º -

.....

§ 3º - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço. (g.n.)

A lei 6763/75, por sua vez, apresenta em seu art. 13, § 21:

Art. 13 -

.....

§ 21 - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou pelo importador, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo este preço. (g.n.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efetivamente o regulamento do ICMS, aprovado pelo Dec. 38.104/96, estabelece a base de cálculo do imposto, como se depreende da leitura do artigo 44, § 8º:

Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e XI, a base de cálculo do imposto é:

.....

§ 8º - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, o mesmo será tomado como base de cálculo nas hipóteses previstas neste Regulamento.

Como no caso em tela existe preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, segundo declaração da própria Impugnante à fl.03, preço este adotado como base de cálculo do ICMS/ST, de acordo com o § 8º do artigo 44 do RICMS/96, entendemos não assistir razão à Impugnante quanto à base de cálculo adotada pois a mesma encontra amplo respaldo legal.

A cópia da “Apelação Cível e Reexame Necessário nº 59396-2 do Tribunal de Justiça do Paraná”, anexada aos Autos pela Impugnante, não foi objeto de análise, por não se refletir em sentença tramitada em julgado, uma vez que se refere a Mandado de Segurança e ainda com fulcro no disposto no artigo 88, inciso I do Dec. 23780/84, alterado pelo Dec. 40.736/99 – CLTA/MG

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 5ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente Impugnação, nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Mussi Maruch e Laerte Cândido de Oliveira.

Sala das Sessões, 27/04/00.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Lúcia Maria Martins Périssé
Relatora