

Acórdão: 17.736/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116423-60
Impugnante: Disbram Distribuidora de Bebidas Ltda
Proc. S. Passivo: Andrea Salles Gianellini/Outros
PTA/AI: 16.000129317-61
Inscr. Estadual: 702.173030.0090
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS/ST. Denegado pedido de restituição de ICMS/ST que, segundo a Requerente/Impugnante teria sido recolhido a maior que o devido, sob o argumento de não terem sido excluídos da base de cálculo para retenção do ICMS/ST os descontos incondicionais obtidos junto ao fabricante. Comprovado nos autos que o substituto tributário optara por reter e recolher o imposto segundo tabela de preços sugeridos pelo Comunicado 04/05/SRE, modalidade facultada pelo § 2º do art. 156 do Anexo IX do RICMS/02. Não comprovada, outrossim, a não repercussão dos descontos no preço final de venda a consumidor final. Correto o indeferimento do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A teor do documento de fls. 02/04 dos autos, a ora Impugnante pleiteou a restituição de quantia paga a título de ICMS/ST (R\$918,65), em seu entender, a maior do que a devida por aquisição interestadual de cerveja para distribuição no Estado, sob o fundamento de que obtivera desconto incondicional do fabricante, substituto tributário, todavia não considerado para a formação da base de cálculo da substituição, que se fizera de acordo com tabela publicada pelo Comunicado SRE 04 de 2005.

O referido Pedido de Restituição formulado pelo Contribuinte foi indeferido pelo Delegado Fiscal da DF Uberlândia, conforme despacho de fls. 32.

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 299/307 dos autos.

O Fisco, em manifestação de fls. 330/332, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 334/339, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

Preambularmente, importa comento à alegação de que a autoridade administrativa não decidiu o pedido dentro do prazo e não fundamentara sua decisão.

Segundo a CLTA/MG:

Art. 40 - Instruído regularmente o pedido, caberá ao titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte, mediante despacho fundamentado, decidir no prazo de 30 (trinta) dias.

De pronto se vê que o trintídio para decisão não tem como marco inicial de contagem a data do protocolo, mas o momento em que se verifica estar regularmente instruído o pedido. Obviamente isso implica em formação do PTA e análise da documentação, para constatação do implemento das condições prescritas nos arts. 36 a 39 da CLTA/MG. Em caso negativo, medidas preliminares à análise de mérito ainda precisam ser tomadas. Outrossim, em se tratando de contribuinte, o agente administrativo necessita pesquisar internamente a regularidade da situação tributária do requerente, a exemplo da série de consultas efetuadas para este PTA (fls. 44/294).

Também não procede alegação de que a decisão se fizera sem fundamento. Alicerçou-se no parecer fiscal de fls. 34/35, com expressa referência no Despacho Decisório.

Tocante o mérito propriamente dito, razão não cabe à Requerente. Pretende devolução de parcela de imposto retido e pago a título de substituição tributária, pelo substituto, correspondente às implicações valorativas dessa mesma base resultantes da não consideração dos descontos incondicionais auferidos na aquisição de cerveja.

Primeiramente, essa situação não configura hipótese ensejadora de restituição/ressarcimento, já que as únicas exceções são **“a não efetivação do fato gerador presumido”** (Lei 6763/75, art. 22, § 11) e os casos de ressarcimento do RICMS/02, **art. 326, Anexo IX**, como a seguir:

Art. 326 - (...)

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não-incidência;

III - perda ou deterioração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Bem lembra o Fisco, o imposto recolhido por substituição tributária é definitivo, a teor do disposto no art. 22, § 10, da lei 6.763/75, **verbis**:

Art. 22 - (...)

§ 10 - Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;

2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

Nesse sentido foi a decisão do STF para a ADI 1851, apreciando a constitucionalidade da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/97:

Cláusula segunda Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.851-4

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, CONHECEU, EM PARTE, DA. AÇÃO E, NESTA PARTE, POR MAIORIA, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS CARLOS VELOSO, CELSO DE MELO E O PRESIDENTE, O SENHOR MINISTRO ARCO AURÉLIO, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL E **DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS N 13, DE 21 DE MARÇO DE 1997**. FALARAM, PELA REQUERENTE, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO — CNC, O DR. HAMILTON DIAS DE SOUZA, PELOS REQUERIDOS, GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS, O DR. ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA REGIS, PROCURADOR DO ESTADO, E, PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, DR. JOSÉ ALFREDO BORGES, PROCURADOR DO ESTADO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM. PLENÁRIO, 08.05.2002.

Ao que parece, o imposto foi corretamente recolhido, pois que observada a tabela de preços sugeridos a consumidor, divulgada pelo Comunicado 04/05 da Subsecretaria da Receita Estadual, consoante § 2º do art. 156, do Anexo IX, regulamentar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De imperativo salientar que, regra geral, os descontos incondicionais não compõem a base de cálculo do ICMS. Exatamente por isso que na base de cálculo da operação própria do fabricante, a parcela de descontos foi deduzida. Tivesse o substituto tributário formado a base de cálculo, tomando por partida o preço de venda à Requerente, em seguida acrescentando IPI, frete, carreto e demais despesas atribuídas ao destinatário, para agregação de 140%, conforme art. 155, II c/c 156, I, "h", do Anexo IX ao RICMS/02, poder-se-ia afirmar correto o pleito da Requerente. Eis a Súmula 06 do CCMG:

SÚMULA 06

SENDO A BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA FORMADA A PARTIR DO PREÇO PRATICADO PELO INDUSTRIAL, OS DESCONTOS INCONDICIONAIS POR ELE CONCEDIDOS NÃO A INTEGRAM. (GRIFO APOSTO)

O Substituto tributário, todavia, não empregou esta regra, mas optou pela adoção do § 2º do mesmo art. 156, **in litteris**:

§ 2º - Em substituição aos percentuais previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é a média ponderada dos preços de venda a consumidor final usualmente praticados no mercado considerado, observado o disposto em regime especial concedido pelo Diretor da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS) e o seguinte:

I - o regime especial alcança todos os estabelecimentos do contribuinte, ressalvada disposição em contrário no próprio regime;

II - o documento fiscal que acobertar a operação conterá a expressão: "Base de Cálculo/ST - RE/PTA nº ...";

Ao fazê-lo, renunciou à regra geral. Seu propósito, de excluir da base de cálculo que toma o preço de tabela a parcela relacionada com os descontos incondicionais e reflexos, não tem cabida. Ao Estado de São Paulo é devido o ICMS da operação própria do fabricante, que não incide sobre tais descontos. A Minas Gerais é devido o ICMS incidente sobre o preço de venda a consumidor, abatido o imposto pago àquele Estado.

Vale lembrar que essa base de cálculo da ST resulta de pesquisa de mercado, correspondendo à média ponderada dos preços de venda a consumidor usualmente praticados na região do destinatário. A tabela que contém tais preços é publicada periodicamente.

Ao requerer e conseguir Regime Especial, o substituto tributário acatou a regra nova e por ela deve pautar-se. Admitindo-a, não poderá mesclar os dois modelos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo Comunicado nº 04/2005, da Subsecretaria da Receita Estadual (MG de 01/04/2005), o preço sugerido para o produto objeto da nota fiscal de fls. 05 (Cerveja Cintra Pilsen 600 ml) era de R\$1,40 a unidade (garrafa), porque incluso no campo “outras”. Obviamente foi admitido pelo substituto tributário que reteve o ICMS/ST sobre o preço praticado na região do destinatário. Sob esse enfoque, o tributo retido e recolhido repercutiu para o consumidor final.

A Requerente não provou que o produto tivesse sido vendido a consumidor final com o repasse dos descontos obtidos junto ao fabricante, mesmo porque trata-se de distribuidor, que vende ao varejista para revenda ao consumidor final. Os cálculos matemáticos apresentados na Impugnação apenas projetam o reflexo dos descontos obtidos junto ao fabricante no preço sugerido pelo Comunicado 04/05, se repassados fossem ao consumidor final. Não traduzem a verdade real e não se prestam a validar a caracterização de indébito, de modo a assegurar repetição.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), André de Barros Moura e Fausto Edimundo Fernandes Pereira.

Sala das Sessões, 30/08/06.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator**