

Acórdão: 23.027/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001330688-34
Impugnação: 40.010145548-52
Impugnante: Hera Comércio de Medicamentos Ltda
IE: 001041432.01-31
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DF/ Passos

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/ST ao argumento de que o fornecedor teria apurado a base de cálculo de forma incorreta, o que teria gerado o recolhimento a maior. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada, em face das disposições contidas no art. 166 do CTN, haja vista que o Impugnante não comprovou ter assumido o encargo financeiro, bem como, não demonstrou estar expressamente autorizado a pedir a restituição por aquele que o suportou.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS recolhido por meio da sistemática da substituição tributária, conforme documento de fls. 02/30, nos períodos de 02/12/14, 15/12/14, 23/02/15, 17/03/15, 08/04/15 e 27/04/15, ao argumento de que o fornecedor teria apurado a base de cálculo de forma equivocada, o que teria gerado o recolhimento a maior.

A Delegacia Fiscal de Passos, em despacho de fls. 37, indeferiu o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 44/49, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 91/100.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS recolhido por meio da sistemática da substituição tributária, conforme documento de fls. 02/30, nos períodos de 02/12/14, 15/12/14, 23/02/15, 17/03/15, 08/04/15 e 27/04/15, ao argumento de que o fornecedor, responsável pelo cálculo e retenção do imposto devido por substituição tributária, teria apurado a base de cálculo de forma incorreta ao incluir na formação da base de cálculo do imposto o desconto incondicional, o que teria resultado no recolhimento a maior.

A Contribuinte sustenta que o fornecedor teria formulado uma consulta junto a Secretaria de Estado de Fazenda, para apurar qual seria a real base de cálculo do ICMS.

Conforme denota-se dos autos, a fabricante realmente formulou a consulta que foi objeto da resposta nº 87/15, que foi respondida com a seguinte ementa:

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - MVA - MEDICAMENTOS - EM RELAÇÃO ÀS MERCADORIAS CONSTANTES DO ITEM 15 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02 (MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS), OS VALORES DOS “DESCONTOS INCONDICIONAIS” CONCEDIDOS NÃO SÃO CONSIDERADOS PARA A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, FORMADA COM A APLICAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA), POR FORÇA DO DISPOSTO NO § 5º DO ART. 59 DA PARTE 1 DO MESMO ANEXO.

A Fiscalização destaca que “a alegação que houve a retenção do ICMS erroneamente considerando o desconto incondicional na base de cálculo do imposto não foi contestada pelo fisco”.

Todavia, a Fiscalização elucida que o ICMS é espécie de tributo indireto, via de regra há transferência do encargo financeiro para terceiros, tendo em vista que a própria sistemática do imposto, assim repercute economicamente no consumidor final, contribuinte de fato. Motivo pelo qual, entende que a Requerente deveria ter comprovado que arcou com o ônus, ou seja, não teria transferido este encargo para o consumidor final ou que este tenha lhe autorizado a solicitar a restituição.

Restou incontroverso que as operações realmente aconteceram, com a emissão das respectivas notas fiscais e recolhimento dos tributos devidos e que a Contribuinte e a Fiscalização entenderam que os descontos incondicionais não deveriam compor a base de cálculo do tributo, com o que, teria ocorrido o recolhimento a maior.

Dessa forma, permanece a controvérsia no tocante à legitimidade da Requerente em solicitar a restituição dos valores.

O sujeito passivo tem o direito à restituição do pagamento realizado de forma indevida, mas que, nos casos que os tributos comportem a transferência do encargo financeiro, a restituição somente será devida a quem houver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, conforme dispõe os arts. 165 e 166 do CTN:

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;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

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.

Ademais, é pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça que os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam as regras do art. 166 no que tange a solicitação da restituição, vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO OU COMPENSAÇÃO DO ICMS PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 166 DO CTN.

1. A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTES TRIBUNAL SUPERIOR É NO SENTIDO DE QUE "OS TRIBUTOS DITOS INDIRETOS, DENTRE ELES O ICMS, SUJEITAM-SE, EM CASO DE RESTITUIÇÃO, COMPENSAÇÃO OU CREDITAMENTO, À DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 166 DO CTN". PRECEDENTES AGRG NO ARESP 31.660/SP, REL. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJE 20/3/2013; RESP 1.209.607/SP, SEGUNDA TURMA, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 12/11/2010.

2. O RECURSO ESPECIAL NÃO ENCONTRA ÓBICE NAS SÚMULAS 284/STF E 7/STJ, TENDO EM VISTA QUE O ORA AGRAVADO DEMONSTROU OBJETIVAMENTE O PONTO CENTRAL DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA. E O COMANDO DA DECISÃO FOI JUSTAMENTE PARA QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO, APRECIE A PRETENSÃO SOB A ÓTICA DOS REQUISITOS DO ART. 166 DO CTN.

3. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AGINT NO RESP 1434905 / PI, RELATOR(A) MINISTRO OG FERNANDES (1139) DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 14/10/2016)

Como destacado pela Fiscalização, como o ICMS/ST, objeto do pleito, refere aos valores que são suportados pelo consumidor, para que fosse possível a restituição diretamente para a Requerente, essa deveria ter comprovado que não repassou o ônus ao consumidor ou que este tenha lhe autorizado a receber os respectivos valores recolhidos indevidamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, tendo em vista que a Requerente não comprovou que os valores do ICMS/ST não foram repassados para os consumidores, bem como ante a inexistência de autorização destes para receber os valores recolhidos a maior, o pleito é improcedente.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. David Martins de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria Vanessa Soares Nunes (Revisora) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Sala das Sessões, 19 de julho de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator