

Acórdão: 23.205/19/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001423250-03
Impugnação: 40.010146723-32
Impugnante: White Martins Gases Industriais Ltda
CNPJ: 35.820448/0154-00
Proc. S. Passivo: Marcelo Vieira Rabelo de Freitas/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS. Primeiramente, constatada a decadência do direito de pleitear a restituição, no que diz respeito às operações, que resultaram no objeto do presente pedido, escrituradas nos meses de janeiro, maio e junho de 2013, nos termos do art. 168, inciso I do CTN. Com relação às demais operações, não reconhecido o direito à restituição pleiteada, visto que evidenciado nos autos, que o recolhimento do ICMS/diferencial de alíquota, ora pleiteado, se refere às operações de transferência interestadual, entre estabelecimentos de mesma titularidade, de bens destinados a uso/consumo, conforme previsto no art. 6º, inciso II da Lei 6.763/75.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 02, a restituição dos valores pagos, relativamente ao ICMS, referente aos exercícios de 2013 a 2017, ao argumento de que foi recolhido o ICMS/diferencial de alíquota indevidamente, com relação às operações de transferência, entre estabelecimentos de sua titularidade, de bens destinados a uso/consumo.

A Fiscalização, em despacho de fls. 51/52 (frente e verso), indeferiu o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 59/69, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 92/98.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos, relativamente ao ICMS, referente aos exercícios de 2013 a 2017, ao argumento de que foi recolhido o ICMS/diferencial de alíquota indevidamente, com relação às operações de transferência, entre estabelecimentos de sua titularidade, de bens destinados a uso/consumo.

A Requerente alega, em sua defesa, em síntese, que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- promoveu a transferência, entre estabelecimentos de mesma titularidade, de bens destinados a uso ou consumo e recolheu o ICMS diferencial de alíquota sobre tais operações nos anos de 2013 a 2017;

- as transferências, entre estabelecimentos de mesma titularidade, de bens destinados a uso ou consumo não são tributadas neste Estado por força do Convênio ICMS nº 70/90 e no art. 5º, inciso XIX do RICMS/02, portanto, não há que se falar em recolhimento da diferença de alíquota prevista no art. 155, § 2º, inciso VII da Constituição Federal;

- seu pleito foi indeferido, sob o fundamento de que os recolhimentos referentes aos meses de janeiro, maio e junho de 2013, teriam sido alcançados pela decadência prevista no art. 150, § 1º do Código Tributário Nacional - CTN, pois o protocolo se deu em 23/07/18 e nas transferências de bens destinados ao uso/consumo, de acordo com a legislação estadual, incide o ICMS;

- em relação à decadência apontada pela Fiscalização, deve ser aplicado o inciso I do art. 173 do CTN, de acordo com a jurisprudência pacífica deste CC/MG;

- quanto à incidência do ICMS sobre as transferências, a Fiscalização utilizou, como fundamento, que a não incidência prevista no art. 5º, inciso XIX do RICMS/02, diz respeito somente às transferências internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa, que é justamente o caso em apreço.

Por sua vez, a Fiscalização se manifesta argumentando que:

- os recolhimentos relativos aos meses de janeiro, maio e junho de 2013 estão alcançados pela decadência, nos termos da legislação vigente (arts. 165, 168 e 150, § 1º, todos do CTN);

- sobre o tema, a Impugnante efetuou a Consulta de Contribuinte nº 187/18, cuja resposta da Superintendência de Tributação confirma o entendimento desta Fiscalização, não havendo que se falar em aplicação do inciso I do art. 173 do CTN, pois, trata-se de um direito conferido à Fazenda Pública e não ao Sujeito Passivo;

- em relação às operações, conforme resposta prestada pela requerente à Intimação Fiscal de fls. 54/55, vê-se que o Código Fiscal das Operações é 2557, ou seja, mercadorias recebidas em transferências de outras unidades da Federação, conforme cópia do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) de fls. 56;

- a obrigação de recolher o imposto devido, a título de diferencial de alíquota, decorre do comando disposto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b” e inciso VIII), matéria esta, regulamentada pelo art. 5º, § 1º, item 6, art. 6º, inciso II e art. 12, § 1º, todos da Lei nº 6.763/75;

- nos termos do art. 12, inciso I da LC 87/96, art. 7º, inciso XIV da Lei 6763/75 e art. 1º, inciso VII e art. 2º, inciso II do RICMS/02, está explícito, como fato gerador do ICMS, a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso ou consumo, ainda quando se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimento de mesmo titular;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Requerente embasa seu pedido de restituição no Convênio ICMS nº 70/90 c/c inciso XIX do art. 5º do RICMS/02, os quais não tem qualquer conexão com o recolhimento do ICMS diferencial de alíquota.

Isto posto, passa-se ao exame da legislação que rege a matéria.

Primeiramente, com relação à prejudicial de mérito levantada pela Fiscalização, cumpre ressaltar que o art. 165, inciso I e art. 168, inciso I c/c art. 150, § 1º, todos do CTN, assim dispõem:

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;

(...)

Art. 168. O direito de pleitear a restituição **extingue-se** com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, **da data da extinção do crédito tributário;**

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(Destacou-se).

Note-se que, pela análise dos dispositivos acima, fica evidente que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição, se extingue em 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento.

No caso dos autos, o pleito da Requerente foi formulado em 26/07/18 (conforme protocolo de fls. 03) e se refere ao período de janeiro de 2013 a março de 2017, de acordo com a planilha de fls. 55.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, no que diz respeito às operações, que resultaram no objeto do presente pedido, escrituradas nos meses de janeiro, maio e junho de 2013, o direito a pleitear a restituição está extinto, não cabendo, portanto, a sua apreciação.

Em relação aos demais períodos, conforme consta da referida planilha (fls. 55), apresentada pela Contribuinte mediante a intimação de fls. 53, bem como demonstra, exemplificativamente, o DANFE de fls. 56, todas as operações, objeto do pleito em análise, foram enquadradas no Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP – **2557**, que se refere a transferência **interestadual** de material para uso ou consumo, de acordo com a previsão da Parte 2 do Anexo V do RICMS/02:

RICMS/02 - Anexo V - PARTE 2:

CÓDIGO FISCAL DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES E CÓDIGO DE SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA (a que se referem o artigo 187 deste Regulamento e a da Parte 1 deste Anexo) DO CÓDIGO FISCAL DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES

(...)

2.000 - ENTRADAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS DE OUTROS ESTADOS

Classificam-se, neste grupo, as operações ou prestações em que o estabelecimento remetente esteja localizado em unidade da Federação diversa daquela do destinatário.

2.557 - Transferência de material para uso ou consumo

Classificam-se neste código as entradas de materiais para uso ou consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa.

(Destacou-se).

A alegação da Requerente de que as transferências, entre estabelecimentos de mesma titularidade, de bens destinados a uso ou consumo não são tributadas neste Estado por força do Convênio ICMS nº 70/90 e art. 5º, inciso XIX do RICMS/02, não havendo, portanto, o recolhimento da diferença de alíquota, não merece acolhida, senão veja-se:

O art. 5º, inciso XIX do RICMS/02 prevê:

RICMS/02:

Art. 5º O imposto não incide sobre:

(...)

XIX - a saída, **em operação interna**, de material de uso ou de consumo, de um para outro estabelecimento do mesmo titular;

(Destacou-se).

Conforme se depreende das disposições normativas acima, somente a transferência de material de uso ou de consumo, para outro estabelecimento do mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

titular, em operação interna, isto é, ocorridas dentro do Estado, não são tributadas pelo ICMS, o que não é a situação ora examinada.

Por outro lado, prescreve a legislação estadual, no caso da obrigação de recolher o ICMS/diferença de alíquota, relativamente às operações de transferências interestaduais de material de uso ou consumo:

Lei n° 6.763/75:

Art. 5° - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1° O imposto incide sobre:

(...)

6. a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

(...)

Art. 6° Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - **Na entrada** no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

(Destacou-se).

(...)

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 1° Nas hipóteses dos itens 6, 10, 11 e 12 do § 1° do art. 5°, o regulamento estabelecerá como será calculado o imposto, devido a este Estado, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

RICMS/02:

Art. 1° - O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - **a entrada**, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(Destacou-se).

(...)

Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - **Na entrada**, no estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(Destacou-se).

Art. 43 - (...)

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do **inciso VII do caput do art. 1º** deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquotainterestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

(...)

Art. 49 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

(Destacou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, os argumentos expostos pela Recorrente, a fim de justificar o recolhimento indevido, a título de diferencial de alíquota, em operações de transferências interestaduais de material de uso e de consumo, não merecem ser acolhidos, por contrariarem a legislação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em reconhecer a decadência do direito da Impugnante de pleitear a restituição de imposto em relação aos meses de janeiro, maio e junho de 2013. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Lilian Cláudia de Souza (Revisora), Erick de Paula Carmo e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 19 de março de 2019.

**Cindy Andrade Moraes
Presidente / Relatora**