

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.325/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001644340-26
Impugnação: 40.010154097-16
Impugnante: Nillus Calçados Ltda
IE: 115729130.00-75
Proc. S. Passivo: Emiliano Fernandes Bernardes/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. O pedido se refere à alegação de recolhimento indevido, a título de ICMS/Diferença de Alíquota - DIFAL, contudo, em relação aos valores, cuja quitação se deu há mais de 5 (cinco) anos, o direito de requerê-los encontra-se extinto, nos termos do art. 168, inciso I do CTN e, no que diz respeito aos valores remanescentes, não restou caracterizado nos autos o recolhimento indevido do imposto.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente processo sobre pedido de restituição do ICMS, sob o fundamento de recolhimento indevido, a título de ICMS/Diferença de Alíquota - DIFAL, no período de 01/02/16 a 03/01/22.

Entende, a Requerente, ter direito à restituição, em decorrência do ICMS pago em razão do Convênio CONFAZ ICMS nº 93, de 17/09/15, que fora declarado inconstitucional pelo STF em decisão da ADI nº 5.469 de 24/02/21.

Em Despacho de fls. 225, o Delegado Fiscal de Uberaba indeferiu o pedido, explicando que o Contribuinte confundiu o ICMS/recolhimento antecipado com o ICMS/DIFAL de que trata a ADI nº 5.464 e que não há enquadramento em qualquer hipótese legal ou judicial vinculante, que justifique a restituição.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 230/245. E, tendo em vista a alegação de que a decisão do Delegado Fiscal, que indeferiu o pedido de restituição, não fora devidamente justificada, o que fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, entendeu a Fiscalização por encaminhar à Requerente, o Parecer Fiscal de fls. 220/224, que pormenorizou todos os motivos do não deferimento do pleito, reabrindo novo prazo para Impugnação.

A Requerente comparece novamente aos autos, às fls. 295/299.

A Fiscalização se manifesta às fls. 302/307.

DECISÃO

24.325/22/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme acima relatado, trata-se o presente processo sobre pedido de restituição do ICMS, sob o fundamento de recolhimento indevido, a título de ICMS/Diferença de Alíquota - DIFAL, no período de 01/02/16 a 03/01/22.

Entende, a Requerente, ter direito à restituição, em decorrência do ICMS pago em razão do Convênio CONFAZ ICMS nº 93, de 17/09/15, que fora declarado inconstitucional pelo STF em decisão da ADI nº 5.469 de 24/02/21.

Em Despacho de fls. 225, o Delegado Fiscal de Uberaba indeferiu o pedido, explicando que a Contribuinte confundiu o ICMS/recolhimento antecipado com o ICMS/DIFAL de que trata a ADI nº 5.464 e que não há enquadramento em qualquer hipótese legal ou judicial vinculante, que justifique a restituição.

A Requerente, em sua defesa alega, em síntese:

- que entre 01/02/2016 e 03/01/2022 a empresa recolheu o total de R\$ 120.539,83, a título de ICMS/Diferencial de Alíquota;
- que até 2016, as empresas optantes pelo Simples Nacional precisavam recolher o Diferencial de Alíquotas, o que mudou com a concessão da medida liminar na ADI 5464, determinando a exclusão do Diferencial de Alíquota do ICMS para as empresas do Simples Nacional;
- que na decisão da ADI 5469, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do ICMS pago em razão do Convênio ICMS 93 de 17.09.2015, do CONFAZ, modulando os efeitos da decisão, exceto quanto à cláusula nona (Simples Nacional), cuja decisão retroage à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI 5464, ou seja, 12/02/2016;
- que o recolhimento do DIFAL se trata de bitributação.

Todavia, não merece acolhida os argumentos apresentados.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o pleito em análise foi apresentado em fevereiro de 2022, portanto, o direito de requerer os valores do imposto, cuja quitação se deu há mais de 5 (cinco) anos, encontram-se extintos, nos termos do art. 168, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN.

Com relação aos valores remanescentes, importante trazer à baila a análise efetuada pela Fiscalização, nos seguintes termos:

Trata-se de empresa do ramo de comércio varejista de calçados com regime de recolhimento pelo Simples Nacional.

Verificamos que o contribuinte recolhe o ICMS Antecipado amplamente previsto na legislação tributária:

- Artigo 42, § 14º do Decreto 43.080/02;

- Artigo 6º, § 5º, alínea 'f' da Lei nº 6.763/1975;
- Artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea "g", item 2 da Lei Complementar nº 123/2006.

Inclusive, o próprio contribuinte fez denúncia espontânea (PTA 05.000303455-54), em 09/04/2019, pela falta de recolhimento de antecipação de ICMS devido na entrada de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação, referente a valores não recolhidos entre janeiro de 2014 e maio de 2018.

O recolhimento de antecipação de ICMS corresponde à maior parte de todo recolhimento efetuado pelo contribuinte nos últimos 5 anos.

O contribuinte anexou duas planilhas com valores diferentes, uma à folha 34 onde enumera recolhimentos que, com juros, somam **R\$ 74.929,69**; e outra à folha 219, onde enumera recolhimentos que, com juros, somam **R\$ 45.610,14**. A soma de tais valores é que resulta no montante de **R\$ 120.539,83**, pleiteado como restituição.

O contribuinte não esclareceu a diferença entre as duas planilhas, mas verificamos que a planilha da folha 219 traz valores exclusivamente de **ICMS Antecipação de Alíquota** e que foram objeto da denúncia espontânea com pedido de parcelamento. Assim, os R\$ 40.161,50 correspondem ao ICMS – Recolhimento Antecipado (artigo 42, § 14º do Decreto 43.080/02, artigo 6º, § 5º, alínea 'f' da Lei nº 6.763/1975, e artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea "g", item 2 da Lei Complementar nº 123/2006), que não deve ser confundido com o Diferencial de Alíquotas.

Tais valores foram parcelados a pedido do próprio contribuinte, e, vale lembrar que o artigo 204 do Decreto 44.747/2008 prevê que o pedido de parcelamento implica em confissão irretratável do débito:

(...)

Já a planilha de folha 34 traz os seguintes valores de ICMS:

- R\$ 71.631,81 – **ICMS Recolhimento Antecipado** (artigo 42, § 14º do Decreto 43.080/02, artigo 6º, § 5º, alínea 'f' da Lei nº 6.763/1975, e artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea "g", item 2 da Lei Complementar nº 123/2006), que não deve ser confundido com o Diferencial de Alíquotas.
- R\$ 217,98 de ICMS – Diferencial de Alíquotas

- R\$ 530,37 – Não detectado no Sistema da Receita Estadual

- R\$ 2.173,97 – Não detectado no Sistema da Receita Estadual

A respeito da cobrança do imposto correspondente à diferença de alíquotas de empresas optantes do Simples Nacional, que promovem operações ou prestações a consumidor final não contribuinte do ICMS, não obstante esteja, de fato, prevista na cláusula nona do Convênio ICMS nº 93, firmado em 17 de setembro de 2015, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), mister esclarecer que o Estado de Minas Gerais já se posicionou contrário à sua cobrança nos autos da ADI nº 5.464.

Desta forma, e ainda pela decisão na ADI nº 5.469 (Tema 1.093 - leading case RE 1287019), o referido DIFAL a consumidor final não contribuinte do imposto não foi nem será cobrado de nenhuma empresa optante do Simples Nacional situada em outra unidade da Federação que remeter mercadoria ou prestar serviço se o adquirente mineiro for um consumidor final não contribuinte.

Por sua vez, os contribuintes do Simples Nacional, situados em Minas Gerais, que promoverem operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes, desde a concessão da medida cautelar na ADI 5.464, em 19/02/2016 (data de publicação da ata de julgamento) já não recolhem o DIFAL de não contribuintes nem o farão, dada a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula nona do Convênio ICMS 93/2015.

No entanto, ressalte-se que tal norma se refere ao remetente optante do Simples Nacional, em operação interestadual, de mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do ICMS, conforme tese fixada no Tema 1.093.

Portanto, é importante salientar que o imposto correspondente ao diferencial de alíquotas de que trata o art. 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, não se confunde com a Antecipação do recolhimento do imposto previsto na alínea 'f' do § 5º do art. 6º da Lei nº 6.763/1975 (e no § 14 do art. 42 do RICMS/2002).

A Antecipação do recolhimento do imposto prevista na legislação mineira – alínea 'f' do § 5º do art. 6º da Lei nº 6.763/1975 e § 14 do art. 42 do RICMS - é devida pelo contribuinte (microempresa ou empresa de

pequeno porte) optante do Simples Nacional, que adquire mercadoria, em operação interestadual, para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço, consoante o disposto no item 2 da alínea “g” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006, matéria tratada no RE 970.821/RS (Tema 517).

É importante pontuar ainda que o DIFAL devido em razão das operações e prestações de serviço interestaduais entre contribuintes do ICMS, para uso, consumo e ativo imobilizado do contribuinte adquirente, não foi objeto do Tema 1.093 da Repercussão Geral, permanecendo inalterada a sua exigibilidade.

Conforme afirmado anteriormente, a Antecipação do recolhimento do ICMS sem encerramento de tributação, prevista no item 2 da alínea “g” do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006, consubstancia-se na exigência do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna prevista para a mercadoria ou bem no Estado de destino e a alíquota interestadual, nas hipóteses em que o contribuinte optante do Simples Nacional adquirir mercadorias ou bens destinada a comercialização, industrialização, beneficiamento ou acondicionamento não industriais complementares à produção primária, ou à utilização na prestação de serviço, em operação oriunda de outra unidade da Federação.

Lado outro, o diferencial de alíquotas previsto na alínea “h” do inciso supracitado, consubstancia-se na exigência do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna prevista para a mercadoria ou bem no Estado de destino e a alíquota interestadual nas hipóteses em que o contribuinte optante do Simples Nacional adquirir mercadorias ou bens para uso, consumo ou integração como ativo imobilizado, para fins de equalizar a carga tributária entre as mercadorias advindas de outros Estados e do Distrito Federal à carga exigida nas operações internas.

Assim, sobre os R\$ 111.793,31 (R\$ 71.631,81 + R\$ 40.161,50), referem-se a ICMS Recolhido Antecipadamente (artigo 42, § 14º do Decreto 43.080/02, artigo 6º, § 5º, alínea “f” da Lei nº 6.763/1975, e artigo 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Lei Complementar nº 123/2006), pois como vimos há ampla previsão legal para sua exigência e a decisão judicial mencionada não se relaciona a tais valores. Sem contar que cerca de R\$ 40.161,50,

planilha da fl.219, constam, inclusive, no termo de autodenúncia feito pelo contribuinte, com pedido de parcelamento e confissão irretratável de débito.

Quanto aos R\$ 217,98 recolhidos como Diferencial de Alíquotas, como vimos, não se enquadra no Diferencial de Alíquotas previsto na ADI 5.464, pois não se trata de consumidor final não contribuinte de ICMS.

No que tange aos valores cujo recolhimento não fora identificado por nós, caberia ao contribuinte comprovar o efetivo pagamento, entretanto, mesmo após serem intimados de nosso parecer, não providenciou a documentação comprobatória.

(...) (GN)

Em face das razões acima externadas, restou evidenciado que não houve recolhimento indevido do ICMS, razão pela qual deve ser, de fato, indeferido o pleito da Requerente.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Gisllana da Silva Carlos e Dimitri Ricas Pettersen.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 2022.

**Cindy Andrade Morais
Presidente / Relatora**

D