

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.447/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001652299-90
Impugnação: 40.010155355-25
Impugnante: Via S.A.
CNPJ: 33.041260/1353-37
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Passos

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR - Pedido de restituição de valores pagos a título de diferencial de alíquotas, ao argumento de que foram indevidamente recolhidos, quando do recebimento de mercadorias e serviços destinados ao seu uso e consumo e em decorrência da compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação. Entretanto ocorre o fato gerador do imposto referente à diferença entre alíquota interna e alíquota interestadual, na entrada de mercadoria de outra unidade da Federação destinada ao uso, consumo ou mesmo ativo imobilizado, nos termos do art. 5º, § 1º, item 6 c/c art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada, diante da impossibilidade de se negar vigência a ato normativo estadual. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 02, a restituição dos valores pagos relativamente ao diferencial de alíquotas – ICMS/DIFAL, ao argumento de que de que foram indevidamente recolhidos, quando do recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo e em decorrência da compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação.

A Fiscalização propõe o indeferimento do pedido conforme Parecer de fls. 71/72, sob o fundamento de não configuração do direito à restituição requerida, uma vez que segundo parágrafo único, inciso I e II do art. 28 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos -RPTA o requerimento do pedido de restituição deve ser instruído pelo interessado com comprovação do recolhimento indevido ou documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir.

Em decorrência da constatação de ausência da documentação necessária foi gerada pendência no SICAF em 19/04/22 conforme documento de fls. 69 dos autos, solicitando complementação da documentação, a qual não foi atendida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Denote-se que a Fazenda Pública Estadual tentou contato com o representante legal da empresa, conforme procuração acostada aos autos, por meio de contato telefônico e correspondência eletrônica via e-mail, contudo, sem sucesso.

Diante disso, analisada a documentação apresentada aos autos e de acordo com as consultas realizadas, a falta de documentação necessária e revelia do Contribuinte, entendeu-se pelo indeferimento do pedido de restituição apresentado.

A Repartição Fazendária, em Despacho de fls. 73, indefere o pedido.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 77/88, acompanhada dos documentos de fls. 89/173, com os argumentos infra elencados, em síntese:

- informa que recebe materiais de uso e consumo em transferência de outro estabelecimento filial, do mesmo titular, localizado em outro estado da Federação, qual seja o estado de São Paulo sob o CFOP 2557, sem a incidência do ICMS, por força da legislação paulista, o que gerou um pagamento a maior que o devido;

- acrescenta que a restituição se deve à compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação;

- relata que em decorrência de sua falha na interpretação das normas legais, as operações indicadas foram objeto de recolhimento indevido do DIFAL;

- registra que foi incluída na impugnação a documentação necessária para a análise do pedido de restituição;

- cita Consulta de Contribuintes nº 206/17, cujo texto informa que não se sujeitando a mercadoria à tributação pelo ICMS no estado de origem, não será devido o ICMS/DIFAL, previsto no art. 1º, inciso VII do RICMS/02, uma vez que não haverá alíquota interestadual para ser confrontada com a alíquota interna;

- acrescenta que, nesse sentido, também estão orientadas as Consultas nºs: 150/02, 220/05, 289/06 e 218/09;

- fundamenta seu pleito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, ao teor do Tema nº 1.099, o qual preceitua não incidir ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento do mesmo titular, que não se subsume à situação descrita em lei, (art. 114 do Código Tributário Nacional - CTN) como suficiente para atrair a incidência do gravame estadual em comento;

- destaca que, no presente caso, o recolhimento indevido do diferencial de alíquota lhe foi custeado, em sua inteireza, não havendo transferência de encargo de ICMS a terceiros, cumprindo-se, portanto, a exigência constante do art. 166 do CTN;

- ressalta que o Projeto de Lei Complementar – PLP nº 32 corrobora seu entendimento, pois, reconhece a necessidade de regularizar a cobrança do DIFAL, nas operações com contribuintes.

Pede a procedência da impugnação.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 175/180, refuta as alegações da Defesa, com os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- esclarece que a decisão tomada pelo STF, por meio do julgamento do RE 1.287.019 DF assentou que é indevida a cobrança do DIFAL-ICMS em operações interestaduais que envolva a translação efetiva com consumidor final não contribuinte por ausência de lei complementar regulamentadora;

- acrescenta que, contudo, tal decisão abarca o DIFAL cobrado na saída de mercadorias do estado para consumidor final não contribuinte do ICMS e não se confunde com o DIFAL devido pela entrada de mercadorias no estado em que é devida a diferença entre a alíquota de saída dos estados de origem e de destino nos termos do art. 5º, §1º, item 6 da Lei nº 6.763/75;

- aduz que a decisão tomada pelo STF, quanto ao PLP nº 32/21 a sua análise foge à sua competência, uma vez que os atos administrativos deverão obrigatoriamente, pelo princípio da legalidade, se escorarem na lei.

Pugna pela improcedência da impugnação e consequente manutenção do indeferimento ao pedido de restituição.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao diferencial de alíquotas – ICMS/DIFAL, ao argumento de que de que foram indevidamente recolhidos, quando do recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo e em decorrência da compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação.

A Impugnante aduz que em razão da falha na interpretação das normas legais, as operações de compra de mercadorias e serviços para seu próprio consumo foram objeto de recolhimento indevido do DIFAL.

Ampara o seu pleito no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.287.09, julgado sob repercussão geral pelo STF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade -ADI nº 5.469.

Esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.469 e no Recurso Extraordinário – RE 1.287.019 (Tema nº 1.093 da Repercussão Geral), decidiu pela necessidade de edição de lei complementar em casos de operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, circunstância adversa ao caso em comento.

O Diferencial de Alíquota interna e interestadual é previsto na Constituição da República de 1988 – CR/88, em seu art. 155, § 2º, inciso VII e inciso VIII, alínea “b”, *in verbis*:

CR/88

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

(...)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Ademais a exigência do ICMS inerente à diferença entre alíquota interna e alíquota interestadual – DIFAL – incidente em operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária destinadas a uso, consumo ou mesmo ativo imobilizado está previsto no art. 5º, §1º, item 6 c/c art. 6º, inciso II, ambos da Lei 6.763/75, a seguir reproduzido:

Lei 6.763/75

Art. 5º 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.

§ 1º 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. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

Portanto, como bem analisou a Fiscalização, a Impugnante não falhou na interpretação das normas ao recolher o ICMS/DIFAL, pelo contrário, quando recolheu o que era devido, nas entradas de operações interestaduais para consumidor final contribuinte do ICMS, observou a devida legislação.

Entretanto, ocorre que a interpretação alegada pela Defesa ao contestar o indébito tributário, como visto, é que está equivocada, pois a previsão legal do DIFAL é expressa.

A Impugnante também não encontra razão diante da Consulta de Contribuinte colacionada, tendo em vista que fala sobre ativo imobilizado em situações específicas, que não é o caso dos autos.

Da mesma forma, tem-se que a argumentação amparada em eventual Projeto de Lei, qual seja o PLP nº 32/21 não é capaz de prosperar, uma vez que tal ato normativo, sem a sua devida aprovação não conta com validade, vigência ou eficácia no plano jurídico.

Por fim, o fato gerador do imposto ocorre na saída de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, questão frequentemente analisada pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, conforme ementa do Acórdão 23.314/22/2º, infratranscrita:

ACÓRDÃO: 23.314/22/2ª

RESTITUIÇÃO – ICMS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE ICMS/DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – ICMS/DIFAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE SOMENTE MEDIANTE PREVISÃO EM LEI COMPLEMENTAR REFERIDA TRIBUTAÇÃO SERIA POSSÍVEL. CORRETA A DENEGAÇÃO DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO RECONHECIDO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA.

IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Ademais, a empresa contribuinte não apresentou aos autos documentação necessária para o exame adequado de seu pedido de restituição, uma vez que ausentes, naquela oportunidade, documentos que comprovassem o recolhimento indevido ou documentos necessários à apuração da liquidez e certeza da importância a restituir, não logrando êxito em cumprir com as exigências contidas no parágrafo único, inciso I e II do art. 28 do RPTA.

Dessa forma, razão não assiste à Requerente, sobretudo diante da impossibilidade de se negar vigência a ato normativo estadual.

Correto o indeferimento ao pedido de restituição efetuado pela Fiscalização.

Não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Militão da Silva e Juliana de Mesquita Penha.

Sala das Sessões, 18 de maio de 2023.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

CS/D

CCMG