

Acórdão: 24.309/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001655531-26
Impugnação: 40.010154819-81
Impugnante: Via Varejo S/A
CNPJ: 33.041260/1830-64
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - OPERAÇÃO TRIBUTADA - TRANSFERÊNCIA - DIFERENCIAL. A Requerente solicitou a restituição de supostos valores recolhidos indevidamente a título de ICMS/Diferencial de Alíquota, sob o argumento de que o pagamento indevido decorreu do recebimento em transferência de materiais de uso e consumo enviados por filial de outra unidade da Federação. Correta a denegação do pedido de restituição por ausência de previsão legal. Não reconhecido o direito à restituição. 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, referente ao exercício de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de que foram indevidamente recolhidos, quando do recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo pela Requerente.

Em resposta, a Delegacia Fiscal, às fls. 95 dos autos, apresentou parecer pela não configuração do direito à restituição requerida, uma vez que o tratamento tributário para as operações que destinem bens ao consumidor final contribuinte do imposto não foi alterado, indeferindo, portanto, o pedido de restituição.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 98/105 dos autos, sustentando o seguinte:

- a) A impugnante recebe materiais de uso e consumo em transferência de outro estabelecimento filial, do mesmo titular, localizado no Estado de SP, sem a incidência do ICMS, por força da legislação paulista. Todavia, à época da realização das operações, a Impugnante procedeu ao recolhimento do ICMS.
- b) Cita Consulta de Contribuinte nº 206/2017 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 inciso VII, do art. 1º do RICMS/2002, uma vez que não haverá alíquota interestadual para ser confrontada com a alíquota interna. Nesse sentido, também estão orientadas as consultas nºs 150/2002, 220/2005, 289/2006 e 218/2009.

c) Fundamenta seu pleito na jurisprudência do STF, com fundamento no Tema 1099, o qual preceitua não incidir ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento do mesmo titular, que não se subsumem à situação descrita em lei (art. 114 CTN) como suficiente para atrair a incidência do gravame estadual em comento.

Em resposta, a Fiscalização apresenta Manifestação Fiscal, às fls. 123/127 dos autos contrapondo-se aos argumentos da Requerente, sustentando que:

a) Não houve impugnação ao indeferimento do pedido de restituição, mas sim novo pedido, não apreciado pela Delegacia Fiscal;

b) Não há que se falar em recebimento de materiais de uso e consumo, de outra unidade da federação, sob a não incidência do ICMS. O imposto devido a título de diferencial de alíquota deriva de comando constitucional.

c) A força da legislação paulista não tem o poder de transcender o território de sua jurisdição e menos ainda de subverter a ordem constitucional do ICMS DIFAL

d) As consultas apresentadas pelo contribuinte referem-se a bens do ativo imobilizado, que remetem-se a situações específicas, não sendo aplicáveis ao caso.

e) A súmula 166 do STJ não estabelece vínculo com as Administrações Tributárias, porquanto seus órgãos julgadores do contencioso administrativo estão vinculados ao princípio da legalidade.

f) O STF ao julgar a ADI 5469 e o RE 1287019 (Tema 1093) decidiu pela edição de lei complementar para que Estados possam exigir, a partir de 2022, a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, nos termos da EC 87/2015. Logo a L 190/22 não se refere ao caso em análise.

Nesses termos, a Fiscalização pede que seja indeferido o pedido de restituição formulado pela Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 09/02/23, a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG decidiu retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 14/02/23.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, referente ao exercício de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de que foram recolhidos indevidamente, quando do recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo pela Requerente.

Alega a Contribuinte que, em razão de 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 RE nº 1.287.019, julgado sob repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal – STF e na ADI nº 5.469.

Esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.469 e no Recurso Extraordinário - RE nº 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 Federal de 1988 – CF/88, em seu art. 155, §2º, inciso VII, alínea “b” e inciso VIII, *in verbis*:

CF/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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

(...)

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

Acrescenta-se que 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 nº 6.763/75, a seguir reproduzido:

Lei nº 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 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 das Consultas de Contribuintes colacionadas, tendo em vista que versam sobre ativo imobilizado em situações específicas, que não é o caso dos autos.

Da mesma forma, a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça – STJ não estabelece vínculo com as Administrações Tributárias, porquanto essas e seus

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

órgãos julgadores do contencioso administrativo estão vinculados ao Princípio da Legalidade.

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 do Estado de Minas Gerais, a exemplo do Acórdão nº 23.314/22/2ª colacionado a seguir:

ACÓRDÃO: 23.314/22/2ª

EMENTA

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.

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

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 Alexandre Périssé de Abreu e Jesunias Leão Ribeiro.

Sala das Sessões, 14 de fevereiro de 2023.

Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor

IM/D