

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.312/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001651451-76
Impugnação: 40.010154186-26
Impugnante: Via S.A.
CNPJ: 33.041260/1504-84
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição de valores indevidamente pagos a título do ICMS Diferencial de Alíquotas incidente sobre o recebimento de mercadorias adquiridas de contribuintes sediados em outras unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo do adquirente e sobre o recebimento de mercadorias destinadas ao uso e consumo do adquirente remetidas, em operação de transferência, por filial estabelecida no estado de São Paulo.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 04/07, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, referente aos períodos de 01/03/17 a 31/12/21, ao argumento de que não existiria, até janeiro de 2022, lei complementar que previsse a incidência do imposto sobre operações interestaduais de remessa de mercadorias destinadas ao uso e consumo de contribuintes de outro estado.

Afirma, ainda, não ter ocorrido a transferência do encargo financeiro do ICMS para terceiros.

Requer, também a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS Diferencial de Alíquotas incidente sobre as transferências de materiais de uso e consumo enviados pela sua filial de São Paulo, para a Requerente.

A Administração Fazendária, em Despacho de fls. 94, indefere o pedido.

Inconformado, o Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 100/109, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 191/199.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS Diferencial de Alíquotas, referente aos períodos de 01/03/17 a 31/12/21, ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

argumento de inexistir previsão em lei complementar para cobrança do diferencial de alíquota incidente sobre as vendas interestaduais de materiais de consumo, para contribuintes de outro estado.

Sustenta que, conforme julgado do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5469 e no julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 1.287.019 - há necessidade de regulamentação, por lei complementar, do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes do diferencial de alíquota, em atendimento à alínea “a” do inciso III do art. 146 da Constituição da República.

Requer, também a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS Diferencial de Alíquotas incidente sobre as transferências de materiais de uso e consumo enviados pela sua filial de São Paulo, para a Requerente.

Alega que, como o art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.378/89 do Estado de São Paulo determina a não incidência de ICMS nas transferências de mercadorias de uso e consumo, não há como ser aferido o diferencial de alíquota, pois não há alíquota interestadual.

Razão assiste à Autuada, em parte.

A incidência do diferencial de alíquotas sobre as operações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final de outro estado está prevista no art. 155, §2º, inciso VIII, da Constituição da República:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

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;

a) (revogada);

b) (revogada);

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:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

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

(...)

Por sua vez, em Minas Gerais o diferencial de alíquotas, nos casos de operações interestaduais destinadas a consumidores finais, contribuintes neste estado, têm a sua incidência e fato gerador previstos no art. 5º, § 1º, item “6” e no art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

O art. 12º, § 1º, da mesma Lei prevê, quanto ao cálculo do ICMS devido pelo diferencial de alíquota, que o RICMS/02 determinará como ele será feito:

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

(...)

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

(...)

Por sua vez, assim estabelece o RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 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 alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

(...)

Da leitura dos dispositivos acima depreende-se a legalidade da cobrança do ICMS/DIFAL sobre as operações iniciadas em outras unidades da Federação, que destinem a contribuinte mineiro mercadorias para o seu uso e consumo.

Ressalte-se que, ao contrário do suposto pelo Impugnante, as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, extraídas na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5469, e no julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 1.287.019, versam apenas sobre a cobrança do diferencial de alíquota nas operações destinadas à consumidores finais não contribuintes, hipótese diferente da presente.

Assim, diante do exposto, não há o que se falar na restituição do ICMS recolhido à título do diferencial de alíquotas sobre as operações relacionadas às compras de mercadorias oriundas de outras unidades Federativas, para o uso e consumo do contribuinte mineiro.

Por sua vez, o tratamento a ser dispensado às operações de transferência de materiais de uso e consumo recebidos pelo Requerente, e remetidos por filial estabelecida no estado de São Paulo, comporta uma análise específica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É que naquele estado, vigia e ainda vige, norma que exclui da incidência do ICMS na saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso e consumo, conforme art. 4, inciso VII, da Lei nº 6.374/89, daquele estado:

Artigo 4º - O imposto não incide sobre:

(...)

VII - a saída com destino a outro estabelecimento do mesmo titular de material de uso ou consumo;

(...)

Nesse contexto, a princípio, dada a inexistência de imposto a incidir sobre a operação interestadual e não havendo o que se falar em alíquota interestadual nessa situação, não cabe a cobrança do ICMS/DIFAL sobre essa operação.

A Diretoria de Orientação e Legislação Tributária da Superintendência de Tributação da SEF/MG manifestou o mesmo entendimento nas Consultas de Contribuintes nº 265/2019, 289/2006, 150/2002 e 236/2006, cujos trechos cita-se abaixo:

Consulta de Contribuinte nº 265/2019

(...) como a operação com o bem do ativo imobilizado, ou material de uso e consumo está submetida à não incidência na unidade da Federação originária, o diferencial de alíquotas não será devido. Neste sentido, vide também as Consultas de Contribuinte n.º 220/2205; 289/2006 e 218/2019 (...)

Consulta de Contribuinte nº 289/2006

(...) Na hipótese de recebimento de bens, ou mercadorias oriundas de outro Estado, alcançadas pela não- incidência do ICMS, não há imposto a recolher à título do diferencial de alíquotas (...)

Consulta de Contribuinte nº 150/2002

(...) 3 - na hipótese de recebimento neste Estado de mercadoria proveniente de São Paulo sem incidência do ICMS, não há o que se falar em recolhimento de ICMS referente à diferença de alíquota. (...)

Consulta de Contribuintes nº 236/2006

(...) 1 a 5 - O termo "entradas" contido no art. 2.º, inciso II, Parte Geral do RICMS/02, alcança, inclusive, as entradas em transferência. Assim, caso o estabelecimento destinatário adquira ou receba produto destinado ao uso, consumo, ou ativo permanente, caberá a incidência do ICMS a título de diferencial de alíquota, observadas as condições estabelecidas na legislação tributária. Excetuam-se as hipóteses em relação às quais não haja previsão de incidência do ICMS, ou esteja prevista a isenção, inclusive no que se refere às transferências.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, a princípio, dado o exposto, caberia a restituição do ICMS/DIFAL recolhido pelo Requerente referente às operações de transferência de materiais de uso e consumo por ele recebidos, e remetidos por filial estabelecida no estado de São Paulo.

No entanto, em 21/12/19, entrou em vigor o § 17 do art. 43 do RICMS/02 de Minas Gerais, o qual dispôs que nos casos em que a operação ou prestação interestadual estiver alcançada por não incidência, concedida pela unidade da Federação de origem, sem a previsão em lei complementar é devido o diferencial de alíquota, o qual será calculado nos termos dos §§ 8º e 11 do art. 43, caso em que o valor do imposto a ser utilizado a título de alíquota interestadual consistirá naquele que reflita a carga tributária efetivamente cobrada pelo estado de origem. Veja-se:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15. caso a operação ou prestação interestadual esteja alcançada por isenção ou redução da base de cálculo na unidade da Federação de origem, concedida em desacordo com a Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e não reinstituída pela Lei Complementar Federal nº 160, de 2017, e Convênio ICMS nº 190, de 2017, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual devido a este Estado será calculado nos termos dos §§ 8º e 11, caso em que o valor do imposto a ser utilizado a título de alíquota interestadual consistirá naquele que reflita a carga tributária efetivamente cobrada pelo Estado de origem;

(...)

§ 17. O disposto no § 15 se aplica também nos casos em que a operação ou prestação interestadual estiver alcançada por não incidência, concedida pela unidade da Federação de origem sem a previsão em lei complementar.

(Grifou-se)

Vê-se que esse dispositivo trouxe a previsão expressa da incidência do ICMS/DIFAL para casos como o aqui analisado.

Dessa feita, como no presente caso o período para o qual se requer a restituição do ICMS/DIFAL vai de 01/03/17 a 31/12/21, em relação aos fatos geradores ocorridos até 20/12/19, - dia anterior à entrada em vigor do referido § 17 - deve ser restituído o ICMS/DIFAL recolhido sobre as operações de transferência de materiais de uso e consumo oriundas da filial de São Paulo para a filial mineira do Requerente. Quanto ao ICMS/DIFAL recolhido sobre as referidas operações ocorridas a partir de 21/12/19, há expressa vedação pela legislação.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação, para restituir o ICMS/DIFAL sobre as operações de transferência de material de uso e consumo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oriundas do estado de São Paulo, ocorridas no período anterior a 21/12/19. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 30 de agosto de 2022.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente

D

CCMIG