

Acórdão: 24.386/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001651683-54
Impugnação: 40.010155460-04
Impugnante: Via S.A.
CNPJ: 33.041260/1330-40
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Varginha

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS - OPERAÇÃO TRIBUTADA - TRANSFERÊNCIA. 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.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento de fls. 04/05, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS diferença de alíquota, nas aquisições em operação interestadual de mercadorias para uso e consumo, referente ao exercício de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de que a ausência de legislação complementar autoriza a restituição requerida nos autos.

Na Manifestação Fiscal, de fls. 39/40, o pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos:

- informa que a Contribuinte cumpre os requisitos legais para pleitear restituição;
- relata que a CDT - certidão de débitos fiscais da Requerente encontra-se com “status” “positiva com efeito negativa”;
- informa que a Contribuinte não tem direito às restituições pleiteadas, pelo fato de as decisões do Supremo Tribunal Federal - STF estarem ancoradas na modulação de seus efeitos, a partir de 2022;
- assevera que no caso em tela., as decisões do STF têm modulação dos efeitos a partir de 2022;
- assevera que o pedido se refere a operações do período de março de 2017 a dezembro de 2021 (fls. 05, item 1.7 do pedido), que não está alcançado pelas referidas decisões.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 44/55, consubstanciada nos seguintes argumentos:

- alega que recebe materiais de uso e consumo em transferência de outro estabelecimento filial, de mesmo titular, localizado no estado de São Paulo, sob o CFOP 2.557, sem incidência do ICMS, por força da legislação paulista, citando-a;

- cita a Consulta de Contribuinte nº 206/2017, publicada no Diário Oficial do Estado (DOE) em 06 de outubro de 2017, bem como outras consultas, onde a Secretaria de Fazenda de Minas Gerais reiterou sua posição de que não é devido o diferencial de alíquotas se a operação no estado de origem não for tributada pelo ICMS;

- informa nos Anexos 4 a 14, que a título de exemplo, as transferências de mercadorias não se sujeitaram à tributação no estado de origem;

- relata que com base no entendimento da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais, os valores pagos pela Impugnante são objeto do pedido de restituição;

- assevera que as transferências de materiais de uso e consumo não podem ser objeto de exigência do diferencial de alíquotas assentada no entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Súmula 166) e nas decisões do STF ARE nº 1.255.885, decidida em repercussão geral e na ADC nº 49;

- esclarece que em 2020, no tema 1.099, o STF afirmou que não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver transferência da titularidade ou ato de mercancia;

- acrescenta que para o cálculo do diferencial de alíquotas, a operação na unidade da Federação de origem tem de ser tributada, caso contrário não há alíquota para ser confrontada;

- aduz que no entendimento do STJ - Recurso Extraordinário nº 1.287.019 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469, ficou assentado que para a cobrança do diferencial de alíquotas é requisito essencial a existência de Lei Complementar que lhe defina o fato gerador;

- relata ainda, que até a edição da Lei Complementar nº 190/22, o diferencial de alíquotas não havia sido regulamentado, exceto quanto aos serviços, cujo fato gerador consta do inciso XIII do art. 12 da Lei Complementar nº 87/96;

- informa que a previsão do diferencial de alíquotas, na Lei Complementar nº 87/96, vigorou somente, de 01 de março até 31 de outubro de 1996;

- alega que a ausência intencional do diferencial de alíquota na Lei Complementar nº 87/96, se deu pelo fato de que passariam a gerar crédito de ICMS, mesmo que em prazo diferenciado. Sobre o tema, apresenta a Consulta nº 4/1997 do estado do Paraná, que afirma que a LC nº 87/96 não previu hipótese de incidência do diferencial de alíquotas nas aquisições de bens para uso, consumo ou ativo fixo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acrescenta o entendimento doutrinário que aponta na direção da não exigência do diferencial de alíquota pela falta de previsão em lei complementar;

- informa que o Congresso, há tempos, reconhece que a questão precisa ser regulamentada;

- entende que a redação da Emenda Constitucional - EC nº 87/15 abarca tanto o diferencial devido nas operações entre contribuintes, como nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS;

- finaliza alegando que em razão das decisões do STF e ADI nº 5.469, e que antes da edição da Lei Complementar nº 190/22, os valores pagos devem ser objeto de pedido de restituição, nos termos do art. 165 do Código Tributário Nacional - CTN.

Divide o pedido de restituição da seguinte forma:

- transferência de material de uso e consumo de filial localizada em outra unidade da Federação, com a solicitação de restituição no valor de R\$ 8.625,59 (oito mil, seiscentos e vinte e cinco reais e cinquenta e nove centavos);

- compra de material de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação, com solicitação de restituição no valor de R\$ 434,81 (quatrocentos e trinta e quatro reais e oitenta e um centavos).

Pede o deferimento do pedido de restituição.

A Fiscalização se manifesta às fls. 94/96, propõe o indeferimento do pedido, reiterando sua argumentação e acrescentando que, na presente data, a Requerente se encontra com Certidão de Débitos Tributários (CDT) “positiva”, o que fere o art. 28, parágrafo único, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de ausência de legislação complementar de diferencial de alíquotas (ICMS/DIFAL).

Ressalta-se, de início, que não é impeditivo para fins do exercício do direito de formalizar o pedido de restituição, o fato de o contribuinte possuir débitos para com a Fazenda Pública Estadual, como faz supor a redação do art. 28, parágrafo único inciso II do RPTA.

Assim, ainda que a Requerente possua débitos junto ao Fisco, o pedido de restituição deverá ser aceito e a decisão será pelo deferimento ou indeferimento, conforme o mérito da questão.

Na hipótese de ocorrer o deferimento, a forma em que se dará a restituição encontra-se disciplinada no art. 35, inciso I c/c o citado art. 28, parágrafo único, ambos do RPTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É que o direito à formulação do pedido de restituição não está atrelado à certidão positiva, negativa, ou positiva com efeitos de negativa, não se confundindo o processamento do pedido de restituição com a forma em que se dará a restituição.

E frise-se: ocorrerá dedução de ofício quando a Requerente possuir débito junto à Fazenda Pública Estadual, abatendo do que se deve, o valor a ser restituído, ou decotando do valor a ser restituído, o valor devido à Fazenda Pública Estadual.

Portanto, quando a Requerente não possuir débito para com a Fazenda Estadual, a exigência de apresentar Certidão negativa é aspecto meramente formal e nesse caso o Fisco poderá decidir pela modalidade de restituição dentre aquelas previstas nos incisos I a III do art. 35 do RPTA, que assim dispõe:

RPTA

Art. 35. Deferido o pedido de restituição, esta se efetivará:

I - sob a forma de dedução de valores devidos pelo sujeito passivo à Fazenda Pública Estadual;

II - sob a forma de aproveitamento de crédito, no caso de contribuinte do ICMS que apresente saldo devedor do imposto regularmente;

III - em moeda corrente, nos demais casos.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso I do caput:

I - não serão deduzidos créditos tributários com exigibilidade suspensa;

II - a dedução será realizada de ofício pela autoridade competente, restituindo-se eventual saldo nas formas estabelecidas nos incisos II e III do caput.

Quanto às demais matérias trazidas pela Impugnante, resta evidente que a interpretação adotada está equivocada, pois a previsão legal do DIFAL é expressa.

Ademais, referida discussão também não encontra reflexo no ordenamento jurídico para rechaçar o DIFAL, pois existe um comando constitucional a justificá-lo, notadamente o art. 155, § 2º, inciso VII e inciso VIII, alínea “b” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88.

Constituição Federal

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

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; (...)

Relativamente à 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 immobilizado, esta tem previsão no art. 5º, § 1º, item 6 c/c art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, a saber:

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 immobilizado;

(...)

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 immobilizado; (...)

Ressalta-se que as consultas colacionadas pela Impugnante não possuem o condão de a socorrer.

No caso em específico, trata-se de consulta em que não há incidência do ICMS na origem, por se tratar de operações de comodato, pois se fala de ativo immobilizado, que não é o caso dos autos.

Nesse caso, trata-se de operação interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular, localizados em estados distintos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da mesma forma, a Súmula nº 166 do STJ não estabelece vínculo com as Administrações Tributárias, porquanto essas e seus órgãos julgadores do contencioso administrativo estão vinculados ao princípio da legalidade.

Isso posto, o fato gerador do imposto ocorre na saída de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

A decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5.469 e o Recurso Extraordinário - RE nº 1.287.019 se deu pela necessidade de edição de lei complementar em casos de operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuintes do ICMS, circunstância alheia ao caso dos autos.

Se não bastasse isso, vê-se que para esta modalidade do DIFAL/MG, incluída na EC nº 87/15, a decisão pela invalidade da cobrança do ICMS, em operação interestadual com mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS, foi objeto do Tema nº 1.093 de repercussão geral do STF, com efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, ocorrido em 2021.

Nesse giro, o pedido de restituição proposto pela Impugnante, do ICMS diferencial de alíquota - DIFAL, nas aquisições em operação interestadual de mercadorias para uso e consumo, refere-se a operações de abril de 2017 a novembro de 2020.

Sem maiores esforços, conclui-se que tal pedido está fora da modulação proposta pelo STF e pela Lei Complementar nº 190/22, que abarca operações a partir de 2022.

Em razão disso, correta a posição exarada pela Repartição Fazendária ao indeferir a restituição apresentada.

Não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

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 (Revisor) e Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich.

Sala das Sessões, 07 de março de 2023.

Jesunias Leão Ribeiro
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente

P