

Acórdão: 24.387/23/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001651059-81
Impugnação: 40.010155524-38
Impugnante: Globex Utilidades S.A.
CNPJ: 33.041260/0160-87
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. 04/07, 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 abril de 2017 a novembro de 2020, ao argumento de que a ausência de legislação complementar autoriza a restituição requerida nos autos.

Na Manifestação Fiscal de fls. 53/54, 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 Tributários – da Requerente encontra-se com *status* de positiva com efeito negativa;

- informa que a Contribuinte não tem direito às restituições pleiteadas pelo fato das decisões do 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 de abril de 2017 a novembro de 2020 (fl. 06, item 1.7 do pedido), que não estão alcançadas pelas decisões referidas.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 58/69, consubstanciada nos seguintes argumentos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 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 nº 2.557, sem incidência do ICMS, por força da legislação paulista, citando-a;

- cita a Consulta de Contribuinte nº 206/17, publicada no D.O.E 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, de acordo com o entendimento do STJ na Súmula nº 166 e nas decisões do Supremo Tribunal Federal – ARE nº 1.255.885, decidida em repercussão geral e na ADC nº 49;

- esclarece que em 2020, no Tema nº 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, no 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 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 de 1996 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;

- apresenta a Consulta nº 4/97 do estado do Paraná, que afirma que a Lei Complementar nº 87/96 não previu hipótese de incidência do diferencial de alíquotas nas aquisições de bens para uso, consumo ou ativo fixo;

- 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 Nacional há tempos reconhece que a questão precisa ser regulamentada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- entende que a redação da 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 de decisões do STF e da ADI 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 CTN.

Ao final, 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\$ 5.425,54 (cinco mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e cinquenta e quatro centavos);

- compra de material de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação, com solicitação de restituição no valor de R\$ 101,25 (cento e um reais e vinte e cinco centavos).

Além disso, pede o deferimento do pedido de restituição.

A Fiscalização se manifesta às fls. 109/114, propondo e reiterando o indeferimento do pedido de restituição.

DECISÃO

Conforme relatado, trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, referente ao período de abril de 2017 a novembro de 2020, ao argumento de ausência de legislação complementar de diferencial de alíquotas.

Quanto aos argumentos trazidos 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 de 1988 – CR/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 correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, veja-se a previsão do art. 5º, § 1º, item 6 c/c art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75:

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; (...)

Nem mesmo as consultas colacionadas pela Defesa a socorrem.

No caso em específico, trata-se de consultas em que não há incidência do ICMS na origem por dizerem respeito a operações de comodato, pois falam em ativo immobilizado, o que não é o caso dos autos.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Superior Tribunal Federal contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.469 e no 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 da 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.

Portanto, não há que ser 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

m/p