

Acórdão: 24.907/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001653625-41
Impugnação: 40.010155078-07
Impugnante: Via S.A.
CNPJ: 33.041260/1357-60
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição de valores pagos a título de diferencial de alíquotas (ICMS/DIFAL), ao argumento de que foram indevidamente recolhidos nas entradas de mercadorias destinadas a uso e consumo da Requerente e quando recebidos em transferência de filial localizada no estado de São Paulo, ao abrigo da não incidência do ICMS. Entretanto, não restou comprovado nos autos o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme documento anexado aos autos, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, recolhido no recebimento em transferência de materiais de uso e consumo de filial, localizada em outro estado da Federação, ao abrigo da não incidência do ICMS, e nas entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo de seu estabelecimento, uma vez que não havia, até janeiro de 2022, lei complementar regulamentando essa exigência.

A Fiscalização propõe o indeferimento do pedido, conforme Parecer incluído nos autos do PTA.

A Repartição Fazendária, em Despacho do Delegado Fiscal, indefere o pedido.

Da Impugnação

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, com os argumentos infra elencados.

De início, distingue 02 (duas) situações como objeto de seu pedido de restituição:

1 - recebimento em transferência de materiais de uso e consumo de filial, localizada em outro estado da Federação, ao abrigo da não incidência do ICMS:

- informa que recebeu materiais de uso e consumo em transferência de outro estabelecimento filial, de mesmo titular, localizado no estado de São Paulo, sob o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CFOP 2557, sem a incidência do ICMS, por força da legislação paulista (art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.374/89 e alterações posteriores);

- sustenta que, no entendimento da Divisão de Orientação e Legislação Tributária da Superintendência de Tributação da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (DOLT/SUTRI/SEF/MG), se não houver tributação da transferência na unidade da Federação de origem da operação, não haveria que se falar em diferencial de alíquotas, pois não haveria alíquota interestadual a ser confrontada;

- anexa aos autos as Consultas de Contribuintes de Minas Gerais nºs 206/17, 150/02, 220/05, 289/06 e 218/09, para corroborar seu entendimento;

- requer que seja aplicado o entendimento da DOLT/SUTRI/SEF/MG às suas operações, com o objetivo de declarar os valores anteriormente pagos a título de diferencial de alíquotas nas operações de transferência em tela como indevidos;

- reitera que as operações de recebimento de materiais de uso e consumo ou ativo imobilizado em transferência não podem ser objeto de exigência do diferencial de alíquotas;

- cita entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidado na Súmula nº 166, e as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.255.885, já transitado em julgado, decidido em repercussão geral e na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 49, segundo os quais a operação de transferência não consiste em fato gerador do ICMS.

2- compra de materiais de uso e consumo de fornecedor de outra unidade da Federação:

- sustenta que, em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.287.019, com repercussão geral, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.469, ficou assentado que é requisito essencial para a cobrança do DIFAL, a existência anterior de lei complementar que defina os elementos tributários básicos de sua cobrança (fato gerador, base de cálculo e contribuintes), nos termos do art. 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República de 1988 – CR/88;

- comenta acerca da falta de regulamentação do diferencial de alíquotas por lei complementar, desde sua instituição até a edição da Lei Complementar (LC) nº 190/22;

- enfatiza que apenas com a superveniência da Lei Complementar nº 190/22 se estabeleceu normas gerais com previsão para sua exigência;

- aponta que a ausência de previsão do diferencial de alíquotas na Lei Complementar nº 87/96 se deu em razão de que, à época, prevaleceu o entendimento de que não havia motivo para se criar o diferencial de alíquotas para mercadorias, materiais e bens, já que estes passariam a gerar crédito do ICMS;

- acrescenta que a previsão legal foi restringida aos serviços de transporte e comunicação, conforme art. 11, alínea “c”, art. 12, inciso XIII e art. 13, § 3º, todos da Lei Complementar nº 87/96, vigentes antes da Lei Complementar nº 190/22;

- colaciona Consulta de Contribuinte da Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná, em janeiro de 1997, em que a Consulente questiona a falta de previsão legal do fato gerador do diferencial de alíquotas, tendo por fundamento a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Paranaense nº 11.580/96, e obtém resposta no sentido de que não haveria tal previsão;

- entende que a previsão constitucional do diferencial de alíquotas, nos termos do art. 155, § 2º, inciso VII, da CR/88 e a redação da Emenda Constitucional (EC) nº 87/15, abarcaria tanto o diferencial devido nas operações entre contribuintes quanto as operações destinadas a não contribuintes do ICMS;

- conclui que a decisão do STF no sentido de que é obrigatória a existência de lei complementar para a cobrança do diferencial de alíquotas se aplicaria às duas modalidades de cobrança;

- cita o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 325/16, não convertido em lei complementar;

- aduz que o Projeto de Lei Complementar nº 32/21 corroboraria o seu entendimento, pois reconhece a necessidade de regularizar a cobrança do DIFAL nas operações com contribuintes;

- requer que a restituição ora pleiteada se dê mediante autorização para lançamento do indébito em conta gráfica no campo “Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS).

Ao final, pede a procedência da impugnação.

Da Instrução Processual

A Fiscalização emite o Termo de Intimação nº 014/22 e solicita que a Requerente apresente os seguintes documentos:

- comprovação da validade, perante o estado de Minas Gerais, do benefício de não incidência do ICMS nas operações de saída de material de uso e consumo com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, concedido pelo estado de São Paulo, nos termos do art. 7º, inciso XV do Regulamento ICMS de São Paulo – RICMS/SP;

- comprovação de seu registro e depósito, pelo estado de São Paulo, junto ao CONFAZ, conforme disposto no inciso II da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 190/17.

Aberta vista, a Impugnante apresenta documento com informações em relação ao depósito no CONFAZ, pelo Governo do Estado de São Paulo, sobre a não incidência do ICMS nas operações de saída de bens do ativo permanente (art. 7º, inciso XIV do RICMS/SP), não atendendo, portanto, ao que lhe foi intimado.

A Fiscalização, no *e-mail* enviado em 11/11/22, questiona novamente, a Requerente, se haveria comprovante de registro e depósito pelo Governo do Estado de São Paulo, junto ao CONFAZ, referente ao tema “uso e consumo”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Requerente apresenta retificação das informações prestadas anteriormente, relativas ao Termo de Intimação citado, com os argumentos infra reproduzidos, em síntese:

- aponta que, em retificação à informação anterior, o pedido original tem por fundamento o art. 7º, inciso XV do RICMS/SP, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00;

- relata que o dispositivo em discussão não tem natureza de incentivo ou benefício fiscal (diferentemente do art. 7º, inciso XIV do RICMS/SP, que se refere à saída, inclusive vendas, de bens do ativo imobilizado), mas sim cuida do reconhecimento da não configuração do fato gerador do ICMS com tais materiais transferidos de um para outro estabelecimento do mesmo titular;

- esclarece que os técnicos da Fazenda Estadual paulista não consideram aludida norma como uma isenção ocultada como não incidência, e, que, portanto, a mesma não deveria ser considerada um benefício ou incentivo fiscal, mas sim decorrente das insistentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, compactadas na Súmula nº 166.

- aduz que por não se tratar de uma isenção (benefício fiscal pela exclusão do crédito tributário – inciso I do art. 175 do Código Tributário Nacional - CTN), ocultada como não incidência (ausência do fato gerador – art. 114 do CTN), o inciso XV do art. 7º do RICMS/SP não constou – como ocorre também com os demais incisos do mesmo art. 7º do RICMS/SP – do Decreto nº 63.320/18, que relaciona os benefícios e incentivos fiscais concedidos pelo estado de São Paulo;

- conclui que, por não se tratar de um benefício ou incentivo fiscal, mas de um reconhecimento de inoportunidade do fato gerador do ICMS (operações fora do campo de incidência do gravame), é dispensado o depósito da norma no CONFAZ;

- acrescenta que já existe o reconhecimento, pela legislação mineira, nos termos do art. 100, inciso I do CTN, da inexigência do diferencial de alíquotas nas operações objeto do pedido de restituição original.

Ademais, apresenta, por *e-mail*, em 16/11/22, a Consulta Tributária nº 18.294/18 da SEFAZ/SP e a Consulta de Contribuinte nº 265/19 da SEF/MG, ambas referentes ao tema em foco, entrada interestadual de mercadorias para uso e consumo.

A Fiscalização emite o Termo de Intimação nº 008/23 e solicita maior detalhamento das operações objeto do pedido de restituição, visto que a planilha com o detalhamento das operações constante do PTA, gravadas em mídia eletrônica – CD, não continha dados suficientes à análise do pleito.

Aberta vista, a Requerente disponibilizou, via Google Drive, o arquivo solicitado, gravado em mídia eletrônica – CD.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se, refuta as alegações da Defesa e pugna pela manutenção do indeferimento ao pedido de restituição.

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, recolhido no recebimento em transferência de materiais de uso e consumo de filial, localizada em outro estado da Federação, ao abrigo da não incidência do ICMS, e nas entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo de seu estabelecimento, uma vez que não havia, até janeiro de 2022, lei complementar regulamentando essa exigência

Em relação ao recebimento em transferência de mercadorias de estabelecimento filial, do mesmo titular, localizado no estado de São Paulo (CFOP 2.557), de materiais destinados a uso ou consumo, sem incidência do ICMS, a Impugnante aduz que a agiu conforme o art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.374/89 e art. 7º, inciso XV do RICMS/SP, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00.

Veja-se a legislação mencionada:

Lei nº 6.374/89

(Atualizada até a Lei 17.473, de 16/12/21)

Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS

CAPÍTULO II

Dos Benefícios Fiscais

SEÇÃO I

Da Não-Incidência

Artigo 4º - O imposto não incide sobre: (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.619/00, de 19/07/00; DOE 20/07/00)

(...)

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

(...)

RICMS/SP

DO IMPOSTO

(...)

CAPÍTULO II

Dos Benefícios Fiscais

(...)

Seção II - Da Não-incidência

(...)

Art. 7º - O imposto não incide sobre:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XV – a saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo;

(...)

Entretanto, conforme supratranscrito, a legislação paulista, tanto no inciso VII do art. 4º da Lei nº 6.374/89 quanto no inciso XV do art. 7º do Decreto nº 45.490/00 – RICMS/SP, considera a não incidência na saída com destino a outro estabelecimento do mesmo titular de material de uso e consumo como um benefício fiscal.

No entanto, para que um benefício fiscal concedido pelo estado de São Paulo seja válido perante o estado de Minas Gerais, é necessária a comprovação de seu registro e depósito, pelo estado de São Paulo, junto ao CONFAZ, conforme disposto no Convênio ICMS nº 190/17, infratranscrito:

Convênio ICMS nº 190/17

Dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstuições.

(...)

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 167ª Reunião Ordinária, realizada em Vitória, ES, no dia 15 de dezembro de 2017, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, resolve celebrar o seguinte

C O N V Ê N I O

(...)

Cláusula Segunda As unidades federadas, para a remissão, para a anistia e para a reinstituição de que trata este convênio, devem atender as seguintes condicionantes:

I - publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos, conforme modelo constante no Anexo Único, relativos aos benefícios fiscais, instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;

II - efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos benefícios fiscais mencionados no inciso I do caput desta cláusula, inclusive os correspondentes atos normativos, que devem ser publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária instituído nos termos da cláusula sétima e disponibilizado no sítio eletrônico do CONFAZ.

(...)

(Grifou-se)

Nesse sentido, a Impugnante foi intimada a comprovar tal registro e depósito junto ao CONFAZ.

Em atendimento à intimação, a Requerente apresentou, equivocadamente, comprovantes relativos à entrada de bens para ativo permanente.

As Consultas de Contribuinte do estado de Minas Gerais n°s 206/17, 105/02, 220/05, 289/06 e 2018/09 trazidas aos autos também se referiam a ativo permanente, embora tratem de um tema comum a ambos os benefícios fiscais, ou seja, do entendimento de que, se não houver tributação da transferência na unidade da Federação de origem da operação, não há que se falar em diferencial de alíquotas, pois não há alíquota interestadual a ser confrontada.

Ao ser novamente questionada pelo Fisco, por *e-mail*, em 11/11/22, se haveria comprovante de registro e depósito pelo Governo do Estado de São Paulo junto ao CONFAZ, referente ao tema “uso e consumo”, a Requerente, por meio de documentos acostados aos autos, além de retificar sua resposta à intimação, apresentou Consulta Tributária n° 18.294/18 da SEFAZ/SP e Consulta de Contribuinte n° 265/19 da SEF/MG, ambas referentes ao tema em foco, entrada interestadual de mercadorias para uso e consumo.

Entretanto, uma consulta respondida pelo estado de São Paulo não tem o condão de alterar o entendimento do estado de Minas Gerais, conforme excerto infratranscrito:

Resposta à Consulta Tributária n° 18.294/18

“Eventuais dúvidas relativas ao recolhimento do diferencial de alíquota por parte dos estabelecimentos da Consulente situados em outros Estados, destinatários do material de uso ou consumo na situação exposta, devem ser dirigidas aos respectivos Estados de localização desses estabelecimentos”.

(Grifou-se)

Ademais, no estado de Minas Gerais, a legislação é bem clara quanto à incidência do ICMS sobre o diferencial de alíquota pela entrada de mercadorias destinadas a uso e consumo originárias de outra unidade da Federação, nos termos do art. 5º, § 1º, item 6 da Lei n° 6763/75.

Quanto à Consulta de Contribuinte n° 265/19 da SEF/MG, que trata da entrada interestadual de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento, de fato, a referida consulta traz o seguinte entendimento:

Consulta de Contribuinte n° 265/19

“Nas operações interestaduais de transferência de materiais de uso e consumo ou bens do ativo imobilizado submetidas à não incidência do ICMS no estado de origem, não será devido o diferencial de alíquotas previsto no inciso VII do art. 1º do RICMS/2002”.

Entretanto, tal consulta não aborda a questão do registro e depósito no CONFAZ, conforme disposto no Convênio ICMS n° 190/17, pelo que se conclui, por óbvio, que tal consulta considerou como pressuposto básico que o benefício fiscal concedido pelo estado de origem estivesse devidamente validado, em consonância ao Convênio ICMS n° 190/17.

Por seu turno, o aludido Convênio ICMS n° 190/17 dispõe, nos termos autorizados pela Lei Complementar n° 160/17, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República 1988, bem como sobre as correspondentes reinstuições.

Com relação à desoneração referente à não incidência do ICMS nas saídas de material de uso e consumo com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não foi localizado o registro e depósito de tal benefício fiscal, pelo estado de São Paulo, junto ao CONFAZ, cujo prazo encerrou-se no dia 31/12/20, bem como tal desoneração não consta no Anexo Único do Decreto/SP n° 63.320, de 28/03/18.

Ao contrário da tese defendida pela Impugnante, não há dúvidas de que a citada exoneração tributária é um benefício fiscal, nos termos do inciso XVII do § 4º da Cláusula primeira do Convênio ICMS n° 190/17 e, considerando que os respectivos atos normativos (art. 4º, inciso VII da Lei n° 6.374/89, disciplinada pelo art. 7º, inciso XV do RICMS/SP) não foram depositados no âmbito do CONFAZ e nem reinstituídos nos prazos previstos nas Cláusulas terceira e quarta do citado convênio, infra reproduzidas.

Convênio ICMS n° 190/17

Cláusula primeira

(...)

§ 4º - Para os fins do disposto neste convênio, os benefícios fiscais concedidos para fruição total ou parcial, compreendem as seguintes espécies:

(...)

XVII - outro benefício ou incentivo, sob qualquer forma, condição ou denominação, do qual resulte, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação vincule-se à realização de operação ou prestação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro.

(...)

Cláusula terceira - A publicação no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal da relação com a identificação de todos os atos normativos de que trata o inciso I do caput da cláusula segunda deve ser feita até as seguintes datas:

I - 31 de dezembro de 2020, para os atos vigentes em 8 de agosto de 2017;

II - 31 de dezembro de 2020, para os atos não vigentes em 8 de agosto de 2017.

(...)

Cláusula quarta - O registro e o depósito na Secretaria Executiva do CONFAZ da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais, inclusive os correspondentes atos normativos, de que trata o inciso II do caput da cláusula segunda, devem ser feitas até as seguintes datas:

I - 31 de dezembro de 2020, para os atos vigentes em 8 de agosto de 2017;

II - 31 de dezembro de 2020, para os atos não vigentes em 8 de agosto de 2017.

(...)

Cláusula sexta - Os atos normativos e os atos concessivos relativos aos benefícios fiscais que não tenham sido objeto da publicação, do registro e do depósito, de que trata a cláusula segunda deste convênio, devem ser revogados até 31 de dezembro de 2020 pela unidade federada concedente, excetuados os enquadrados no inciso V da cláusula décima, cuja revogação deve ocorrer até 28 de dezembro de 2018.

No âmbito do estado de Minas Gerais, os benefícios fiscais referentes a ativo imobilizado e material de uso e consumo estão previstos nos incisos XI e XIV do art. 7º da Lei nº 6.763/75, disciplinados pelo art. 5º, incisos XII e XIX do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02.

Esclareça-se, por oportuno, que os mencionados atos normativos da Lei nº 6.763/75 foram publicados mediante o Decreto nº 47.394/18, e depositados junto ao CONFAZ por meio do Certificado de Registro e Depósito nº 50/18, de 25/09/18 (itens 9 e 11 do Anexo I - Atos Normativos Vigentes em 08/08/17), e do Certificado de Registro e Depósito nº 60/2018, de 08/11/18 (itens 9 e 11 do Anexo Único - Atos Reinstituídos).

No documento de retificação ao atendimento do Termo de Intimação nº 014/22, a Requerente arguiu que o dispositivo em discussão (art. 7º, inciso XV do RICMS/SP) não tem natureza de incentivo ou benefício fiscal, diferentemente do inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIV do art. 7º do RICMS/SP, que se refere à saída, inclusive vendas, de bens do ativo imobilizado, mas sim cuida do reconhecimento da não configuração do fato gerador do ICMS com tais materiais transferidos de um para outro estabelecimento do mesmo titular.

Quanto a essa alegação, verifica-se que ambos os benefícios fiscais foram introduzidos pelo estado de São Paulo, tanto na Lei nº 6.374/89 quanto no Decreto nº 45.490/00, em dispositivos distintos, mas ambos dentro do mesmo artigo que trata da não incidência do ICMS para os benefícios fiscais ali relacionados. Confira-se:

Lei nº 6.374/89

Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS.

CAPÍTULO II

Dos Benefícios Fiscais

SEÇÃO I

Da Não-Incidência

Artigo 4º - O imposto não incide sobre: (Redação dada ao artigo pela Lei nº 10.619/00, de 19/07/00; DOE 20/07/00)

(...)

VI - a saída de bem do ativo permanente;

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

(...)

RICMS/SP

DO IMPOSTO

(...)

CAPÍTULO II - Dos Benefícios Fiscais

Seção II - Da Não-incidência

(...)

Art. 7º - O imposto não incide sobre:

(...)

XIV - a saída de bem do ativo permanente;

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

(...)

Registra-se, por oportuno, que no tocante ao benefício fiscal da não incidência do ICMS na saída de bem do ativo permanente, o estado de São Paulo adotou as providências cabíveis, previstas na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 190/17 (celebrado com base na Lei Complementar nº 160/17), a saber:

Manifestação Fiscal

- por meio do Decreto nº 63.320, de 28/03/2018, foi divulgada a relação dos atos normativos referentes às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de que trata o inciso I do caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/2017 (em cujo item 76 do Apêndice I do Anexo Único - Atos Normativos Vigentes em 08/08/2017, consta o benefício fiscal em questão e a menção ao art. 7º, inciso XIV, do RICMS/SP) - tais benefícios fiscais foram reinstituídos por meio do Decreto SP nº 64.118, de 26/02/2019;

- após conferência junto ao Portal Nacional de Transparência Tributária - PNNT, foi constatado o registro e depósito dos referidos atos normativos, conforme os seguintes certificados: Certificado de Registro e Depósito nº 06/2018, disponibilizado em 27/06/2018 - Atos Normativos Vigentes em 08/08/2017 - Anexo I - item 76, e Certificado de Registro e Depósito nº 02/2020, disponibilizado em 03/01/2020 - Anexo Único - Planilha Reinstituição - item 7.

(Grifou-se)

Diante disso, tem-se que a não incidência do ICMS nas saídas de material de uso e consumo com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, prevista nos referidos dispositivos da legislação paulista (art. 4º, inciso VII, da Lei nº 6.374/89, disciplinado pelo art. 7º, inciso XV do RICMS/SP), corresponde a um benefício fiscal, que não foi depositado junto ao CONFAZ e nem reinstituído nos prazos previstos nas cláusulas terceira e quarta do Convênio ICMS nº 190/17.

Oportuno registrar que esse também é o entendimento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, referente a outro estabelecimento da Impugnante, cujas entradas em transferência de materiais de uso e consumo tiveram a restituição deferida apenas para os estados cujos benefícios foram depositados e registrados no CONFAZ, conforme excertos do Acórdão nº 23.531/23/2ª, infratranscritos:

ACÓRDÃO Nº 23.531/23/2ª

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO REFERENTE A PAGAMENTO INDEVIDO, A TÍTULO DE ICMS-DIFAL, NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE USO E CONSUMO DA REQUERENTE. A FISCALIZAÇÃO DEFERE PARCIALMENTE O PLEITO EM RELAÇÃO AO RECEBIMENTO EM TRANSFERÊNCIA DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DE FILIAIS LOCALIZADAS NOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E DO PARANÁ. NÃO DEMONSTRADO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA EM RELAÇÃO AOS VALORES REMANESCENTES.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPUGNAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

DECISÃO

(...)

“A ISONOMIA PRETENDIDA PELO CONTRIBUINTE A JUSTIFICAR O SEU PEDIDO É INAPLICÁVEL, POIS, COMO SE VÊ DOS AUTOS, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AFASTA ESSA “EQUIPARAÇÃO”, ATÉ PORQUE NÃO SE PODE ADMITIR QUE BENEFÍCIOS SEJAM DEPOSITADOS E REGISTRADOS NO CONFAZ ENQUANTO O ESTADO DE SÃO PAULO NÃO O FAÇA. ORA, ONDE A ISONOMIA FOI DESPRESTIGIADA AQUI? MUITO AO CONTRÁRIO, POIS O QUE SE DEFENDE É EXATAMENTE O TRATAMENTO IGUALITÁRIO ONDE, REGISTRADO, CONCEDE-SE O BENEFÍCIO, NÃO REGISTRADO, NÃO SE CONCEDE. ELEMENTAR.

ADEMAIS, É INCONTESTÁVEL A PREVISÃO LEGAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS DO FATO GERADOR DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NA ENTRADA, EM ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE, DE MERCADORIA ORIUNDA DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, DESTINADA A USO, CONSUMO OU ATIVO IMOBILIZADO”.

(GRIFOU-SE)

A Requerente sustenta que por não se tratar de um benefício ou incentivo fiscal, mas de um reconhecimento de inoocorrência do fato gerador do ICMS (operações fora do campo de incidência do gravame), é dispensado o depósito da norma no CONFAZ. Aduz que a Fiscalização paulista não considera aludida norma como uma isenção ocultada de não incidência, e, portanto, a mesma não deveria ser considerada um benefício ou incentivo fiscal. Ampara seu entendimento em dispositivos do Código Tributário Nacional e em decisões do STJ consignadas na Súmula nº 166.

Todavia, tal entendimento não merece prosperar.

Verifica-se que o benefício fiscal questionado pelo Contribuinte refere-se à decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.255.885/MS (DJ-e de 15/09/20) – Tema nº 1.099, com repercussão geral, na qual foi fixada a seguinte tese:

TEMA Nº 1.099

“NÃO INCIDE ICMS NO DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE LOCALIZADOS EM ESTADOS DISTINTOS, VISTO NÃO HAVER A TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE OU A REALIZAÇÃO DE ATO DE MERCANCIA.

Já na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49/RN (julgamento virtual finalizado em 16/04/21), foram considerados como inconstitucionais os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 87/96: o art. 11, § 3º, inciso II; o trecho “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*” do art. 12, inciso I; e o art. 13, § 4º, por reputar que não configura fato gerador do ICMS o mero deslocamento de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, independentemente de estarem localizados ou não na mesma unidade federativa. Confira-se:

LC n° 87/96

Art. 11. (...)

(...)

§ 3º - Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Art. 13.

(...)

§ 4º - Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Após julgamento dos Embargos Declaratórios, opostos contra a modulação dos efeitos originalmente estabelecida para a decisão na ADC n° 49/RN, o STF prolatou a seguinte decisão, em 09/05/22 (Ata n° 14, publicada no DJ-e de 10/05/22):

DECISÃO DE JULGAMENTO

“DECISÃO: APÓS O VOTO-VISTA DO MINISTRO DIAS TOFFOLI, QUE DIVERGIA DO MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) PARA ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PROPOR, A TÍTULO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS, QUE A DECISÃO DE MÉRITO TENHA EFICÁCIA APÓS O PRAZO DE 18 (DEZOITO) MESES, CONTADOS DA

DATA DE PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, FICANDO RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS PROPOSTAS ATÉ A DATA DE PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DO MÉRITO CASO OS SUJEITOS PASSIVOS PARTES DESSAS AÇÕES OPTEM OU JÁ TENHAM OPTADO POR NÃO DESTACAR E RECOLHER O ICMS NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE, TAL COMO A SISTEMÁTICA ANTERIOR PERMITIA, E FAZIA ESCLARECIMENTO PONTUAL DO ACÓRDÃO DE MÉRITO PARA AFIRMAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO ART. 11, § 3º, II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996, EXCLUINDO DE SEU ÂMBITO DE INCIDÊNCIA APENAS A HIPÓTESE DE COBRANÇA DO ICMS SOBRE AS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, EM VOTO ORA REAJUSTADO, E PELO MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE); E DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, QUE ACOMPANHAVA O RELATOR, PEDIU VISTA DOS AUTOS O MINISTRO NUNES MARQUES. PLENÁRIO, SESSÃO VIRTUAL DE 29.4.2022 A 6.5.2022.”

(GRIFOU-SE).

Portanto, com relação à modulação dos efeitos da decisão do STF, proferida na ADC nº 49/RN em decisão de 09/05/22, o prazo para que a decisão de mérito tenha eficácia será de 18 (dezoito) meses, contados da data da publicação da ata de julgamento de tal decisão, ocorrida em 10/05/22.

Dessa forma, correto o indeferimento do pedido efetuado pela Fiscalização.

Quanto à segunda situação, objeto também do pedido de restituição, qual seja, recolhimento indevido do ICMS/DIFAL nas compras de materiais de uso e consumo de fornecedores de outra unidade da Federação, também não assiste razão à Requerente.

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 nº 1.287.09, julgado sob repercussão geral pelo STF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469.

Esclareça-se que o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.469 e no 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 da República de 1988, em seu art. 155, § 2º, inciso VII e inciso VIII, alínea “b”, *in verbis*:

CR/88

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 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 reproduzidos:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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;

(...)

(Grifou-se)

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 recolhimento do ICMS/DIFAL é expressa.

A Impugnante também não encontra razão diante da Consulta de Contribuintes 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 325/16, 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. Ademais, a norma gerada por iniciativa do PLP nº 32/21 foi apenas a Lei Complementar nº 190/22, que definitivamente não trata do ICMS/DIFAL na entrada do estado, indébito requerido pelo Contribuinte.

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 nº 23.314/22/2º, infratranscrita:

ACÓRDÃO Nº 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.

(GRIFOU-SE)

Dessa forma, não reconhecido o direito à restituição pleiteada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Correto o indeferimento ao pedido de restituição efetuado pelo Fisco, sobretudo diante da impossibilidade de se negar vigência a ato normativo estadual.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, por maioria de votos, em julgar improcedente a impugnação. Vencido o Conselheiro Dimitri Ricas Pettersen, que julgava parcialmente procedente a impugnação para que seja deferida a restituição relativa às mercadorias recebidas da filial de São Paulo até 20/12/19. Participaram do julgamento, além das signatárias e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Frederico Augusto Lins Peixoto.

Sala das Sessões, 03 de abril de 2024.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora**

MP

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	24.907/24/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.001653625-41	
Impugnação:	40.010155078-07	
Impugnante:	Via S.A.	
	CNPJ: 33.041260/1357-60	
Proc. S. Passivo:	Wesley dos Santos Lima/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora - 1	

Voto proferido pelo Conselheiro Dimitri Ricas Pettersen, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Conforme exposto no texto do Acórdão, ao julgar o presente PTA, a 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais decidiu, por maioria de votos, pela improcedência da Impugnação, apresentada sob os seguintes fundamentos:

(i) Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49/RN (julgamento virtual finalizado em 16/04/21) foram considerados como inconstitucionais os seguintes dispositivos da Lei Complementar nº 87/96: o art. 11, § 3º, inciso II; o trecho “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*” do art. 12, inciso I; e o art. 13, § 4º, por reputar que não configura fato gerador do ICMS o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, independentemente de estarem localizados ou não na mesma unidade Federativa.

Todavia, após julgamento dos Embargos Declaratórios, opostos contra a modulação dos efeitos originalmente estabelecida para a decisão na ADC nº 49/RN, o STF prolatou decisão em 09/05/22 prevendo que o prazo para que a decisão de mérito tenha eficácia será de 18 (dezoito) meses, contados da data da publicação da ata de julgamento de tal decisão, ocorrida em 10/05/22.

Dessa feita, uma vez que os fatos geradores para os quais se pede a restituição do imposto ocorreram antes de findo esse prazo, corretamente foi recolhido o ICMS/DIFAL.

(ii) A exoneração tributária concedida pelo estado de São Paulo em favor das transferências de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos de um mesmo titular é um benefício fiscal, nos termos do inciso XVII do § 4º da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 190/17 e, considerando que os respectivos atos normativos (art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.374/89, disciplinada pelo art. 7º, inciso XV, do RICMS/SP) não foram depositados no âmbito do CONFAZ e nem reinstituídos nos prazos previstos nas Cláusulas terceira e quarta do citado convênio, estes não podem ser opostos à legislação tributária de outros estados.

Apesar das Consultas de Contribuintes do Estado de Minas Gerais nºs 206/17, 150/02, 220/05, 289/06, 218/09 e em especial a de nº 265/19 exporem o entendimento de que se não houver tributação da transferência na unidade da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federação de origem da operação, não há que se falar em diferencial de alíquotas, pois não há alíquota interestadual a ser confrontada, estas não se aplicam ao caso.

As respostas dadas àquelas consultas não abordam a questão do registro e depósito no CONFAZ conforme disposto no Convênio ICMS nº 190/17, pelo que se conclui que elas consideraram como pressuposto básico que o benefício fiscal concedido pelo estado de origem estivesse devidamente validado, em consonância ao Convênio ICMS nº 190/17.

À época do julgamento, na sessão do dia 03/04/24, divergindo do entendimento majoritário, entendeu este conselheiro ser parcialmente procedente a impugnação para se restituir o imposto relativo às operações ocorridas até 20/12/19, sob os seguintes argumentos:

- o estado de São Paulo prevê a não incidência do ICMS sobre as operações de saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso e consumo, nos termos do art. 4º, inciso VII da Lei nº 6.374/89 e art. 7º, inciso XV do RICMS/SP. Nesse contexto, dada a inexistência de imposto a incidir sobre a operação interestadual e não havendo o que se falar em alíquota interestadual nessa situação, a princípio, não cabe a cobrança do ICMS/DIFAL sobre essa operação.

Todavia, o Decreto nº 47.806, de 20/12/19, acrescentou ao art. 43 do RICMS/02 o § 17, cujo texto transcreve-se abaixo:

RICMS/02

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:

(...)

Efeitos a partir de 1º/01/2016 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.806, de 20/12/2019.

§ 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;

(...)

Efeitos a partir de 21/12/2019 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 47.806, de 20/12/2019.

§ 17. O disposto no § 15 se aplica também nos casos em que a operação ou prestação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual estiver alcançada por não incidência, concedida pela unidade da Federação de origem sem a previsão em lei complementar.

Da leitura do § 17 acima transcrito, verifica-se que, a partir de 21 de dezembro de 2019, o estado de Minas Gerais passou a prever, de forma expressa e clara, a incidência do ICMS/DIFAL 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.

Até então, o RICMS/02, em seu art. 43, § 15, previa a incidência do ICMS/DIFAL apenas nos casos em que a operação, ou prestação interestadual, estivesse alcançada por **isenção ou redução da base de cálculo** na unidade da Federação de origem, concedida em desacordo com a Lei Complementar Federal nº 24/75, e não reinstituída pela Lei Complementar Federal nº 160/17, e Convênio ICMS nº 190/17.

A edição da nova regra trazida pelo § 17 citado acabou por confirmar que, até a sua entrada em vigência, Minas Gerais não exigia o ICMS/DIFAL incidente sobre a entrada de mercadorias remetidas, em operação interestadual, por estados que previam para a operação a **não incidência** do ICMS, sem origem em lei complementar.

O entendimento acima esposado é corroborado pela Consulta de Contribuintes nº 265/19. Transcreve-se, por oportuno, trechos dessa consulta:

Consulta de Contribuinte nº 265/19

PTA Nº: 45.000019029-54

CONSULENTE: Greca Distribuidora de Asfaltos S/A

ORIGEM: Guarulhos - SP

ICMS - USO E CONSUMO E ATIVO IMOBILIZADO - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL - NÃO INCIDÊNCIA - CÁLCULO - DIFAL - Nas operações interestaduais de transferência de materiais de uso e consumo ou bens do ativo immobilizado submetidas à não incidência do ICMS no estado de origem, não será devido o diferencial de alíquotas previsto no inciso VII do art. 1º do RICMS/2002.

CONSULTA:

1 - Nas transferências destinadas ao estabelecimento mineiro, promovidas por estabelecimento localizado em outro Estado, com bens do ativo immobilizado e ou materiais de uso ou consumo, com a não incidência do ICMS, está correto o entendimento de que não incide o recolhimento do diferencial de alíquotas em favor deste Estado, nos termos do inciso VII do art. 1º do RICMS/2002?

2 - Caso a resposta anterior seja negativa, uma vez que não haverá alíquota interestadual para ser confrontada com a alíquota interna, caso este Estado

entenda que seja devido o recolhimento do diferencial de alíquota, com deverá proceder na realização do cálculo, qual alíquota e base de cálculo a ser aplicada?

RESPOSTA:

1 - Sim. Neste caso, 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 nos 220/2005, 289/2006 e 218/2009.

Como se pode ver, a resposta acima apresentada traz o entendimento de que, nas operações interestaduais de transferência de materiais de uso e consumo ou bens do ativo imobilizado submetidas à não incidência do ICMS no estado de origem, não será devido o diferencial de alíquotas previsto no inciso VII do art. 1º do RICMS/02.

Por outro lado, a referida Consulta não aborda a questão relativa à exigência disposta no Convênio ICMS nº 190/17 acerca do registro e depósito no CONFAZ, da legislação que disponha sobre aquelas hipóteses de não incidência. O seu texto não restringe, de forma explícita, a aplicação do entendimento ali expresso apenas a esses casos.

Dessa feita, ao fazer assim, o texto da resposta à Consulta de Contribuintes nº 265/19 não autorizou ao seu intérprete a pressupor que a SUTRI/SEF/MG (Superintendência de Tributação da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais) considerou em sua análise apenas as operações beneficiadas por legislação de outra unidade Federativa que houvesse sido submetida às exigências previstas na Lei Complementar nº 106/17 e no referido Convênio ICMS nº 190/17 (registro e depósito), tal como sustentado pelo Fisco.

Pelo exposto, como no presente caso o período para o qual se requer a restituição do DIFAL vai de março de 2017 a dezembro de 2021, deduziu-se que até 20/12/19, dia anterior à entrada em vigor do referido § 17 do art. 43 do RICMS/02, 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, julgou-se não ser cabível a sua restituição.

Sala das Sessões, 03 de abril de 2024.

**Dimitri Ricas Pettersen
Conselheiro**