

Acórdão: 24.937/24/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001656832-32
Impugnação: 40.010155809-89
Impugnante: Via Varejo S/A
CNPJ: 33.041260/1318-54
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS – RECOLHIMENTO A MAIOR – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Pedido de restituição de valores pagos indevidamente a título de ICMS/DIFAL, sob alegação de que ocorreu pagamento indevido nas entradas de mercadorias em seu estabelecimento, inclusive em transferência de sua filial, provenientes do Estado de São Paulo, para uso e consumo. Todavia, existe dispositivo de lei, vigente naquele Estado, desde à época das operações em análise, que 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, portanto, 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 operações desta natureza até 21/12/19, quando entrou em vigor o § 17 do art. 43 do RICMS/02, 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. Assim, devem ser restituídos os valores de ICMS/DIFAL, em operações de transferência da filial da Requerente, pleiteados até a referida data.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, a título de diferencial de alíquotas, pelo recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo da Contribuinte, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, sob o argumento de que houve falha na interpretação das normas legais, uma vez que não havia, até janeiro de 2022, lei complementar regulando a cobrança deste imposto.

A Delegacia Fiscal de Juiz de Fora indeferiu o requerimento por falta de amparo legal.

A DF/JF-1 indeferiu o pedido inicial em razão de que a decisão do STF, no julgamento do RE nº 1.287.019/DF assentou que, por ausência de lei complementar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regulamentadora, era indevida a cobrança do DIFAL/ICMS em operações interestaduais que envolviam transação efetivada com consumidor final não contribuinte, ou seja, nas operações de saída, o que não era objeto do presente PTA e que o DIFAL devido pela entrada de mercadorias no Estado, que é o caso dos autos, em que é devida a diferença entre a alíquota de saída do Estado que está vendendo e a alíquota do Estado que está recebendo a mercadoria, está regulamentado no art. 5º, § 1º, item 6 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Requerente apresenta Impugnação, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, alegando em síntese:

- primeiramente, altera os argumentos iniciais e passando a distinguir duas situações como objeto de seu pedido de restituição: Recebimento em transferência de materiais de uso e consumo de filial localizada no Estado de São Paulo, sob a não incidência do ICMS e compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outras unidades da federação;
- para a primeira situação, afirma que tais materiais foram recebidos de outro estabelecimento filial, do mesmo titular, localizado no estado de São Paulo sob o CFOP 2.557, sem incidência do ICMS, por força da legislação paulista (inciso VII, art. 4º. da Lei nº. 6.374/89 e alterações posteriores).
- traz consultas de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, nº. 206/2017, 150/2002, 220/2005, 289/2006 e 218/2009, sustentando que, no entendimento da Divisão de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, 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.
- solicita que seja reconhecida a aplicação e entendimento da Legislação de Minas Gerais, acrescentando o entendimento consolidado do STJ na Súmula 166 e as recentes decisões do STF;
- Quanto à segunda situação, ratifica as considerações constantes de seu requerimento de restituição, onde sustenta que, em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal, 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), conforme determina a alínea “a”, do inciso III, do artigo 146 da Constituição Federal do Brasil.

A Fiscalização manifesta-se nos autos pela improcedência da impugnação.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS, a título de diferencial de alíquotas, pelo recebimento de mercadorias e serviços destinados a uso e consumo da Contribuinte, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, sob o argumento de que houve falha na interpretação das normas legais, uma vez que não havia, até janeiro de 2022, lei complementar regulando a cobrança deste imposto.

Verifica-se que matéria decorre do comando constitucional expresso nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal/88 e, também, dos dispositivos contidos na Lei nº 6.763/75, art. 5º, § 1º, item 6 c/c art. 6º, inciso II, e art. 12, § 2º, da mesma lei, e no art. 42, § 1º, inciso I do RICMS/02.

Com efeito, o inciso VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal dispõe que caberá ao estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo a primeira estabelecida pela lei mineira e a segunda fixada por Resolução do Senado Federal.

No caso de entrada de mercadorias no estabelecimento, destinada a uso e consumo e oriunda de outra unidade da Federação, necessário se faz o recolhimento do diferencial de alíquotas sobre essas operações, na forma do disposto no art. 6º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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 permanente;

(...)

Por sua vez, regulamentando o estatuído na Constituição e legislação infraconstitucional, o art. 42, § 1º, inciso I, do RICMS/02 dispõe da mesma forma, ou seja, que o Contribuinte mineiro fica obrigado a recolher o valor do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na hipótese de entrada, em estabelecimento de contribuinte deste estado, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

A legislação que rege a matéria assim dispõe:

RICMS/02

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 1º - Fica o contribuinte mineiro, inclusive a microempresa e a empresa de pequeno porte, obrigado a recolher o imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entre a alíquota interna e a interestadual, observado o disposto no inciso XII do caput do art. 43 e no art. 84 deste Regulamento, na hipótese de:

I - entrada, em estabelecimento de contribuinte no Estado, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente e de utilização do respectivo serviço de transporte;

(...)

Não obstante a conclusão acima, fazem-se necessárias ressalvas quanto à cobrança do ICMS/DIFAL incidente sobre o recebimento, pela Impugnante, de materiais de uso e consumo remetidos em **operações de transferência** por filial estabelecida no estado de São Paulo.

Prescreve o dispositivo de lei, vigente naquele Estado, desde à época das operações em análise, a não incidência do ICMS sobre as operações de saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso e consumo. Veja-se:

Lei nº 6.374/89

Art. 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 operações desta natureza.

Mesmo entendimento foi manifestado nas respostas dadas pela Diretoria de Orientação e Legislação Tributária da Superintendência de Tributação (SUTRI) da SEF/MG, através das Consultas de Contribuintes nºs 265/2019; 289/2006; 150/2002 e 236/2006:

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 há 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.

No entanto, em 21/12/19, entrou em vigor o § 17 do art. 43 do RICMS/02, 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.

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:

(...)

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vê-se que esse dispositivo trouxe a previsão expressa da incidência do ICMS/Diferencial de Alíquotas para casos como os versados no presente PTA.

Assim, em relação às operações de transferência em análise, somente é devido o recolhimento do ICMS/DIFAL a partir de 21/12/19, devendo, portanto, serem restituídos os valores comprovadamente recolhidos, anteriores à referida data.

Com relação às demais operações, referentes a compra de materiais de uso e consumo de fornecedores de outras unidades da Federação, importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 5.469 e o RE nº 1.287.019 (Tema nº 1093 da Repercussão Geral), decidiu pela necessidade da edição de lei complementar para que os Estados e o Distrito Federal possam exigir, **a partir de 2022**, a diferença entre as alíquotas interna e interestadual – DIFAL, nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final **não contribuinte** do ICMS, nos termos previstos na Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015.

Assim, foram modulados os efeitos da decisão em referência, para o fim de **convalidar** a cobrança do ICMS/DIFAL relativa aos **fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2021**, com base no cenário legislativo até então existente (ainda sem a lei complementar federal veiculando normas gerais), exceto para as ações judiciais em curso até 24 de fevereiro de 2021, conforme esclarecido pelo referido Tribunal quando do julgamento de embargos de declaração opostos no RE nº 1.287.019.

Em 5 de janeiro de 2022, foi publicada a Lei Complementar Federal nº 190, de 4 de janeiro de 2022, alterando a Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, para regulamentar a cobrança da diferença entre as alíquotas interna e interestadual – DIFAL, nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, com fundamento na Emenda Constitucional nº 87, de 2015.

Portanto, tal discussão não se aplica ao caso dos autos, sendo, pois, devido o ICMS/DIFAL recolhido para o restante do período.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para restituir o ICMS comprovadamente recolhido a título de Diferencial de Alíquotas sobre as operações de transferências de materiais de uso e consumo oriundas do estado de São Paulo, ocorridas até 20/12/19. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Gisllana da Silva Carlos (Revisora), Flávia Sales Campos Vale e Dimitri Ricas Pettersen.

Sala das Sessões, 30 de abril de 2024.

Cindy Andrade Morais
Presidente / Relatora

D