CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 25.242/25/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001654909-14
Impugnação: 40.010158908-56
Impugnante: Via S.A.
CNPJ: 33.041260/1519-60
Proc. S. Passivo: Wesley dos Santos Lima/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ICMS. Pedido de restituição de ICMS a título de diferencial de alíquotas, ICMS/DIFAL, incidente nas aquisições de mercadorias para uso e consumo, ao argumento de recolhimento indevido do imposto por inexistência de lei complementar, vigente ao tempo das entradas dos produtos no estabelecimento, que seria requisito essencial para a exigência do imposto a título de diferencial de alíquotas. Reconhecido parcialmente o direito à restituição pleiteada, para os recolhimentos efetivamente comprovados, referentes às operações de transferências originárias do estado de São Paulo ocorridas até 20/12/19.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme Protocolo nº 202.203.781.390-7, fls. 02, a restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, incidente nas entradas para uso e consumo do estabelecimento, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de que a edição de lei complementar seria requisito essencial para a exigência do imposto e que não havia tal lei até janeiro de 2022.

A Fiscalização propõe o indeferimento do pedido, conforme Parecer de fls. 137.

A Delegacia Fiscal (DF/Montes Claros), em Despacho de fls. 137, indefere o pedido, por falta de amparo legal.

Da Impugnação

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 140/151, acompanhada de mídia eletrônica (CD) de fls 152 e documentos de fls. 153/166, com os argumentos a seguir em síntese:

- reitera que o recolhimento do ICMS/DIFAL seria indevido, por falta de edição de lei complementar até janeiro de 2022, requisito essencial para a exigência do imposto;

- informa que o recolhimento indevido do DIFAL decorreu do recebimento em transferência, sob a não incidência do ICMS, de materiais de uso e consumo (CFOP 2.557) enviados por filial de outra unidade da Federação, além de compra de outros fornecedores;

- afirma que recebe materiais de uso e consumo de sua filial, estabelecida no estado de São Paulo/SP, sem a incidência do ICMS, por força da legislação paulista;

- assevera que recolheu o ICMS/DIFAL por falha na interpretação das normas legais;

- aponta que não havia valor a ser recolhido a título de ICMS/DIFAL, devido à inexistência de alíquota de origem a ser confrontada;

- relata que não é devido o diferencial de alíquotas se a operação no estado de origem não for tributada pelo ICMS, conforme Consulta de Contribuinte nº 206, de 06/10/17, além das Consultas nºs 150/02, 220/05, 289/06 e 218/09;

- sustenta que as operações de recebimento de materiais de uso, consumo ou ativo imobilizado em transferência não podem ser objeto de exigência do ICMS/DIFAL;

- cita Súmula nº 166 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1.255.885 e Tema nº 1.099, ambos do Supremo Tribunal Federal - STF;

- reitera que a lei complementar é requisito essencial para a exigência do ICMS/DIFAL, conforme ficou assentado, pelo STF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.287.019 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.469;

- requer o deferimento do pedido de restituição mediante escrituração de “outros créditos” em sua apuração do ICMS.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação Fiscal de fls. 175/179, refuta as alegações da Defesa e pugna pela manutenção do indeferimento da restituição pleiteada.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos relativamente ao ICMS/DIFAL, incidente nas entradas para uso e consumo do estabelecimento, referente ao período de março de 2017 a dezembro de 2021, ao argumento de que a edição de lei complementar seria requisito essencial para a exigência do imposto e que não havia lei complementar até janeiro de 2022.

A Fiscalização ressalta, inicialmente, que não houve impugnação ao indeferimento do pedido de restituição, no qual a Requerente defendia exclusivamente, que a edição de lei complementar, seria requisito essencial para a exigência do imposto, e que tal lacuna, ao tempo das aquisições dos produtos para uso e consumo, implicaria em recolhimento indevido do ICMS/DIFAL.

Diante disso, entende que as razões apresentadas, em sede de impugnação, seriam, praticamente “novo pedido”, não apreciado pela Delegacia Fiscal.

O Fisco sustenta que não há que se falar em recebimento de materiais de uso e consumo, de outra unidade da Federação, sob a não incidência do ICMS, uma vez que o imposto devido a título de diferencial de alíquotas deriva de comando estabelecido pelo art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b” e inciso VIII da Constituição da República de 1988 – CR/88.

Acrescenta que a exigência de ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual – DIFAL, incidente em operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado de contribuintes mineiros, está previsto no art. 5º, § 1º, item 6 e art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Esclarece o Fisco que as Consultas de Contribuintes mencionadas pela Impugnante tratam de “ativo imobilizado” em situações específicas.

Ademais, 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.

Dessa forma, o fato gerador do imposto ocorre, no momento das saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

A Fiscalização também destaca que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 5.469 e o RE 1.287.019 (Tema nº1093 da Repercussão Geral), decidiu pela necessidade da edição de lei complementar para que os estados 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 da Emenda Constitucional (EC) nº 87/15, portanto, a Lei Complementar nº 190/22, não se aplica e tampouco se refere ao pedido de restituição indeferido.

Entretanto, em que pese os argumentos do Fisco, não lhe assiste razão.

Conforme exposto na resposta à Consulta de Contribuinte da Superintendência de Tributação da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SUTRI/SEF/MG nº 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 art. 1º, inciso VII do RICMS/02, uma vez inexistente a alíquota interestadual.

Da leitura da Consulta de Contribuintes nº 265/19, retrocitada, depreende-se que o texto da resposta ali deduzida não restringe, de forma explícita ou tácita, a aplicação do entendimento ali expresso apenas aos casos em que o benefício fiscal houvesse sido registrado e depositado no CONFAZ.

Diante disso, o texto da resposta à Consulta de Contribuintes nº 265/19 não autorizou o seu intérprete a pressupor que a SUTRI/SEF/MG considerou em sua análise apenas as operações beneficiadas por legislação de outra unidade da Federação que houvesse sido submetida às exigências previstas na Lei Complementar (LC) nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

106/17 e no referido Convênio ICMS nº 190/17 (registro e depósito), tal como sustentado pelo Fisco.

Nessa medida, uma vez que a resposta à consulta não restringe, não especifica e não diz de qualquer exceção em relação à inexistência do DIFAL na situação abordada, não se pode exigir que o Contribuinte a interprete de outra forma, pressupondo uma condição que nela não foi mencionada. Eis, portanto, que a conduta de não recolher o ICMS/DIFAL naquelas situações coaduna-se com a legislação.

Assim, pelo exposto, não sendo devido o ICMS/DIFAL sobre as operações em questão, é direito da Requerente a restituição ora pretendida, mas parcialmente.

Conforme se depreende do § 17º do art. 43, RICMS/02, está disciplinado de forma clara e expressa, a partir de 21 de dezembro de 2019, a incidência do ICMS/DIFAL nos casos em que a operação ou prestação interestadual estivesse alcançada por não incidência, concedida pela unidade da Federação de origem sem a previsão em lei complementar:

RICMS/02

Art. 43. (...)

(...)

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 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, § 15º, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 160/17, e Convênio ICMS nº 190/17.

Eis que, portanto, a edição da nova regra trazida pelo § 17º do art. 43 do RICMS/02, retrocitado, acabou por confirmar, de forma indireta, o entendimento exposto nas consultas supramencionadas, uma vez 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 a previsão em lei complementar.

Por outro lado, a partir de sua vigência, o ICMS/DIFAL passou a ser exigido nos casos em que a operação ou prestação interestadual esteja alcançada por não incidência, concedida pela unidade da Federação de origem sem a previsão em lei complementar.

Assim como no presente caso o período para o qual se requer a restituição do ICMS/DIFAL vai de março de 2017 a dezembro de 2021, deduz-se que até 20/12/19, dia anterior à entrada em vigor do referido § 17º 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 da Requerente, ora Impugnante.

Dessa forma, reconhecido parcialmente o direito à restituição do ICMS/DIFAL recolhido sobre as referidas operações ocorridas até de 20/12/19.

Quanto ao ICMS/DIFAL recolhido sobre as referidas operações ocorridas a partir de 21/12/19, não é cabível a sua restituição.

Cumprido, ainda, destacar que a Impugnante defende 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, conforme o entendimento consolidado no Tema nº 1.099 do STF.

Aduz que no referido tema, o STF fixou a tese de que 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.

Contudo, os institutos legais e decisões citados não são aplicáveis ao período dos pagamentos objetos do pedido de restituição, porque após julgamento dos Embargos Declaratórios, opostos contra a modulação dos efeitos estabelecidos pela Decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49/RN, o STF prolatou decisão em 09/05/22 (Ata nº 14, publicada no DJ-e de 10/05/22) onde foi proposto que a decisão do mérito da ADC tenha eficácia após o prazo de 18 (dezoito) meses, contados da data de publicação da ata de julgamento dos Embargos de Declaração, em 10/05/22.

Como o pedido de restituição compreende o período de março de 2017 a dezembro de 2021, ele não é afetado pelo início da vigência dos efeitos da decisão judicial em comento, que se deu a partir de outubro de 2023.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esclareça-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 5.469 e o RE nº 1.287.019 (Tema 1.093 da Repercussão Geral), decidiu pela necessidade da edição de lei complementar para que os estados 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 da EC nº 87/15.

Logo, a LC nº 190/22 não se aplica e tampouco se refere ao caso concreto do pedido de restituição indeferido referente ao período de 01/03/17 a 31/12/21.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação para reconhecer o direito à restituição para os recolhimentos efetivamente comprovados, referentes as operações de transferências originárias do estado de São Paulo, ocorridas até 20/12/2019. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Emmanuelle Christie Oliveira Nunes.

Sala das Sessões, 15 de abril de 2025.

**Cássia Adriana de Lima Rodrigues
Relatora**

**Cindy Andrade Morais
Presidente / Revisora**