

DEPARTAMENTO JURÍDICO TRIBUTÁRIO

ADM – 009- 16/01/2024

BOLETIM

005/2024

ICMS SOBRE TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE: ALTERAÇÕES NA LEI KANDIR E CONVÊNIO CONFAZ

Em 29 de dezembro de 2023, foi sancionada a **Lei Complementar (LC) 204/2023**, a qual altera a **LC 87/1996 (Lei Kandir)**, para estabelecer que não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) sobre transferências de mercadorias entre estabelecimentos distintos do mesmo contribuinte (em operações internas e interestaduais), com a respectiva manutenção dos créditos.

A Lei Complementar nº 204/2023 entrou em vigor em 01/01/2024.

Para visualização da íntegra da Lei Complementar 204/2023, acesse:

- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp204.htm

HISTÓRICO | ADC 49

A LC 204/2023 foi editada em atenção à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 49, que declarou inconstitucionais as normas da Lei Kandir que previam a incidência do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, bem como determinou que os Estados disciplinassem a transferência dos créditos de ICMS.

NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS

Assim, com a publicação da LC 204/2023 e a consequente alteração da LC 87/1996, restou definido que **não incide ICMS nas operações de remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.**

MANUTENÇÃO DOS CRÉDITOS

A LC 204/2023 também dispôs acerca da manutenção do crédito relativo às operações e prestações anteriores em favor do contribuinte, inclusive nas hipóteses de transferências interestaduais em que os créditos serão assegurados:

I - pela unidade federada de destino, por meio de transferência de crédito, limitados às alíquotas interestaduais em vigor (4%, 7% ou 12%), que serão aplicadas sobre o valor atribuído à operação de transferência realizada;

II - pela unidade federada de origem, em caso de diferença positiva entre os créditos pertinentes às operações e prestações anteriores e o transferido ao destino.

*Infelizmente, pairam dúvidas sobre a questão da base de cálculo dos créditos e a obrigatoriedade da transferência, tendo em vista a ausência de clareza da Lei Complementar nestes pontos, o que pode vir a **gerar problemas futuros (e até judicialização)**, senão vejamos.*

Base de cálculo dos créditos

*Acerca da base de cálculo dos créditos, a lei determina a incidência das alíquotas interestaduais (4%, 7% ou 12%) sobre o valor atribuído à operação de transferência realizada. Entretanto, a LC 204/2023 **não determinou expressamente** qual seria esse “valor atribuído”.*

Em razão dessa lacuna, o fisco estadual vem defendendo a aplicação do Convênio ICMS 178/2023, publicado em 01/12/2023 (ou seja, publicado antes da LC 204/2023), que havia previsto a “base de cálculo” da transferência como sendo o valor a correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou métodos baseados em apropriação dos custos.

Obrigatoriedade da transferência

Outro ponto que não está claro na LC 204/2023 diz respeito à obrigatoriedade ou não da transferência do crédito para o estabelecimento de destino.

O fisco estadual, com base no Convênio ICMS 178/2023, publicou o Decreto 68.243/2023, o qual prevê expressamente que é obrigatória a transferência dos créditos nas remessas interestaduais e opcional nas remessas internas.

Portanto, em ambos os casos, faz-se necessária a atualização do Convênio ICMS 178/2023 a respeito do tema de acordo com o disposto na LC 204/2023; se mantido o referido convênio, é possível analisar a viabilidade de discussão judicial.

Para visualização da íntegra do Convênio ICMS 178/2023, acesse:

- https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2023/CV178_23

EMIÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL

Após a publicação da LC 204/2023, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) publicou o Convênio ICMS 228/2023, autorizando os Estados e o Distrito Federal a permitir a aplicação pelos contribuintes das normas de emissão de documento fiscal vigentes em cada Unidade Federada em 31 de dezembro de 2023 nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade até a regulamentação interna dos novos procedimentos, com período de vigência no período de 01/01/2024 até 30/04/2024.

O CONFAZ também publicou em seu sítio eletrônico a “NOTA ORIENTATIVA 01 – TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS” para instruir os contribuintes, de forma provisória, que a emissão dos DFe de transferências de bens e mercadorias seguirão a legislação vigente no ano de 2023, adotando os campos de ICMS já utilizados, ainda que não reflitam o significado jurídico da não incidência, para documentar o valor do crédito a ser transferido. Os DFe devem ter o campo de informações adicionais do fisco preenchido com o texto “Nota fiscal de transferência de bens e mercadorias não sujeita à incidência de ICMS, de que trata a ADC 49, emitida de forma a operacionalizar a transferência de crédito de ICMS (vide a íntegra da Nota Orientativa para maiores informações).

Para visualização da íntegra da NOTA ORIENTATIVA 01 – TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS, acesse:

- <https://www.confaz.fazenda.gov.br/>

Fonte:

- <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-regulamentacao-do-confaz-e-dos-estados-apos-a-lc-204-2023-07012024>
- <https://noticias.iob.com.br/icms-entre-estabelecimentos-do-mesmo-dono/>

Piracicaba, 16 de janeiro de 2024

LETÍCIA SARTO ZARATIN
OAB/SP 439.989
NÚCLEO JURÍDICO TRIBUTÁRIO