



PROCESSO Nº 0200962020-8

ACÓRDÃO Nº 470/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI MÓVEL S. A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Operações de saídas com mercadorias tributáveis sem débitos do ICMS, resulta na falta de recolhimento do imposto estadual. Contudo, “in casu”, trata-se de operações de transferência interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, que foram consideradas não incidentes do ICMS pelo STF, na ADC nº 49, de 19/4/2021, dentro dos efeitos da modulação definida por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração da citada ação, fato que desconstituiu o crédito tributário lançado na inicial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a sentença monocrática, e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000104/2020-03, lavrado em 29/1/2020, contra a empresa OI MÓVEL S. A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, inscrição estadual nº 16.211.981-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.



Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 10 de setembro de 2024.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), LARISSA MENESES DE ALMEIDA, HEITOR COLLETT, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO, EDUARDO SILVEIRA FRADE E VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



PROCESSO N° 0200962020-8

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI MÓVEL S. A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Auantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Operações de saídas com mercadorias tributáveis sem débitos do ICMS, resulta na falta de recolhimento do imposto estadual. Contudo, “in casu”, trata-se de operações de transferência interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, que foram consideradas não incidentes do ICMS pelo STF, na ADC n° 49, de 19/4/2021, dentro dos efeitos da modulação definida por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração da citada ação, fato que desconstituiu o crédito tributário lançado na inicial.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o *recurso voluntário* contra decisão monocrática que julgou *PROCEDENTE* o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00000104/2020-03, lavrado em 29/1/2020, em desfavor da empresa OI MÓVEL S. A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, inscrita no CCICMS-PB n° 16.211.981-0, no qual consta a seguinte acusação:

0195 - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.



Nota Explicativa:

CONTRARIANDO A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA O CONTRIBUINTE CONSIDEROU COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO OU DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO (CFOP 6552 E 6557), TUDO EM CONFORMIDADE COM OS DEMONSTRATIVOS ANEXO AO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. ACRESCENTE-SE AINDA AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS O ART. 638, I; O ART.3º, I E O ART.2º, §5º, V TODOS DO RICMS-PB.

Enquadramento Legal	
Infração Cometida/Diploma Legal - Dispositivos	Penalidade Proposta/Diploma Legal - Dispositivos
Art. 106 c/c os arts. 52, 54, e arts. 2º e 3º, 60, I “b” e III, “d” e “l”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.	Art. 82, IV, da Lei n.6.379/96.
Período: maio de 2015 a dezembro de 2019.	

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário constituiu um crédito tributário no importe de R\$ 67.172.784,20, sendo R\$ 38.384.448,09 de ICMS, e R\$ 28.788.336,11 a título de multa por infração.

Demonstrativos Fiscais sintéticos e analíticos instruem os autos às fls. 10 e 11 (mídia DVD).

Cientificada da ação fiscal de forma pessoal 03/02/2020 na própria peça acusatória, fl. 09, a autuada apresentou reclamação tempestiva, protocolada em 02/3/2020, trazendo, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa, fls. 25-35, e anexos às fs. 36-75:

- não incide ICMS sobre meras transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, consoante Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores;

- que o estabelecimento apenas transferiu bens para outros estabelecimentos da própria empresa localizados em diferentes Estados, tendo as remessas sido acobertadas por CFOPs de transferências de ativo ou de material de uso e consumo, o que demonstra que não houve qualquer operação de compra e venda;

- que a presente controvérsia já foi dirimida pela Súmula nº 166 do STJ e que a Primeira Seção do STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.125.133/SP – submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) – confirmou a orientação contida na citada Súmula;

- requer o cancelamento o crédito tributário constituído, pelas razões expostas na defesa.



Apenso aos autos o Processo nº 0200972020-2 referente à Representação Fiscal para fins Penais.

Os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal, fls. 78 a 87, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO E DE MATERIAIS DE USO OU CONSUMO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. INCIDÊNCIA DE ICMS. INFRAÇÃO COMPROVADA.

- Confirmada a acusação de falta de recolhimento de ICMS, face a ausência de débitos do imposto nos livros próprios, em razão de operações de transferências interestaduais de bens do ativo fixo e de materiais de uso ou consumo entre estabelecimentos da autuada, nas quais as notas fiscais não destacaram o imposto, contrariando o art. 12, inciso I, da Lei Complementar 87/96, e os dispositivos da Lei do ICMS e do Regulamento do ICMS da Paraíba que disciplinam essa matéria.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância por meio de DTe, em 25/11/2020, fl. 90, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, protocolado em 18/12/2020, em que constam, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- que a exigência fiscal é ilegal, pois, não há operações de circulação de mercadorias propriamente dita, ou seja, com contratos de compra e venda, e sim de meros deslocamentos físicos de produtos, não configurando fato gerador do imposto;
- ressalta a súmula nº 166 do STJ, e um julgado do STF sobre a matéria (RE 267.599 AgR-ED/MG);
- destaca que o fato gerador do ICMS somente ocorre quando se está diante da execução de um negócio jurídico que vise transferir a propriedade de um produto posto em comércio, ou seja, dotado de natureza mercantil, o que não é o caso em tela, citando definições sobre operação, circulação e mercadoria, e jurisprudências dos Tribunais Superiores sobre a matéria;
- que a circulação onerosa de mercadorias não se materializou nas transferências denunciadas;
- que o STF reconheceu repercussão geral e decidiu reafirmar sua jurisprudência fixando tese em sentido idêntico ao que se busca ver aplicado nos autos, referindo-se ao Tema nº 1.099, publicado em 15/9/2020;



- Ao final, requer provimento ao presente recurso, a fim de reformar integralmente a decisão de 1º grau, cancelando o crédito tributário ora em questão.

Em ato contínuo, os autos foram remetidos a esta Casa, e distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento do recurso voluntário.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000104/2020-03, lavrado em 29/1/2020, contra a empresa OI MÓVEL S. A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado, que visa a exigir crédito tributário decorrente da ausência de registros de débitos nas operações de saídas de mercadorias tributáveis na sua EFD, conforme demonstrativos às fls. 5-18.

Ressalto que o lançamento em questão foi procedido consoante as cautelas da lei, trazendo devidamente os requisitos estabelecidos em nossa legislação tributária, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade na autuação, por vício formal, nos termos dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094/2013.

No mérito, trata-se de cobrança do ICMS sobre transferências interestaduais de bens do ativo fixo e/ou de material para uso e consumo (CFOP 6.552 e 6.557), pelo motivo acima mencionado, com base na legislação tributária em vigência na época dos fatos geradores, cuja sentença pela instância prima foi pela procedência da acusação.

Em descontentamento com a decisão singular, o sujeito passivo comparece aos autos ressaltando em seu recurso voluntário que as operações interestaduais denunciadas ocorreram entre estabelecimentos do mesmo titular, não se verificando a ocorrência do fato gerador, em conformidade com o entendimento pacificado no STJ, citando a Súmula nº 166, e julgamento do Tema 1099 pelo STF, e solicita o cancelamento do Auto de Infração em tela.

No caso em tela, verifico no material probatório, juntado pela fiscalização, que todas as operações são de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e materiais de uso/consumo, para contribuintes de mesma titularidade (OI MÓVEL S. A.).

Pois bem. Não podemos olvidar que, mesmo que as aludidas transferências sejam promovidas entre estabelecimentos do mesmo grupo, ocorre a mudança de titularidade, considerando-se, assim, saídas definitivas, pois nossa legislação tributária



equipara tais operações às saídas de mercadorias. Vejamos o dispositivo regulamentar infracitado:

RICMS/PB

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; (...)

§ 4º Equipara-se à saída:

I - a transmissão da propriedade de mercadoria, decorrente de alienação onerosa ou gratuita de título que a represente, *ou a sua transferência, mesmo que não haja circulação física*; (g. n.)

Com efeito, as transferências representam saídas definitivas, uma vez que a legislação do ICMS privilegiou o princípio da autonomia dos estabelecimentos, nos termos do art. 37 do RICMS/PB:

Art. 37. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, industrial, comercial, importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação, do mesmo contribuinte.

No entanto, em recente decisão do STF, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 49, julgada em 19/04/2021, foi decidido que não mais incidiria ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Vejamos:

ADC 49

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 19/04/2021

Publicação: 04/05/2021

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. *O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes.* 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de



mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996. (g. n.)

Tal decisão teve efeitos modulados no julgamento dos embargos de declaração da citada ADC nº 49, para que tivesse eficácia prospectiva a partir de 1º de janeiro de 2024, ressalvados os processos judiciais e administrativos pendentes de conclusão até a data de publicação da Ata de Julgamento de Mérito, **ocorrida em 29/4/2021**. Vejamos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS- ICMS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ICMS. MANUTENÇÃO DO DIREITO DE CREDITAMENTO. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AUTONOMIA DO ESTABELECIMENTO PARA FINS DE COBRANÇA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO. OMISSÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Uma vez firmada a jurisprudência da Corte no sentido da inconstitucionalidade da incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica (Tema 1099, RG) inequívoca decisão do acórdão proferido.

2. O reconhecimento da inconstitucionalidade da pretensão arrecadatória dos estados nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não corresponde a não incidência prevista no art.155, §2º, II, ao que mantido o direito de creditamento do contribuinte.

3. Em presentes razões de segurança jurídica e interesse social (art.27, da Lei 9868/1999) justificável a modulação dos efeitos temporais da decisão para o exercício financeiro de 2024 ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito. Exaurido o prazo sem que os Estados disciplinem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, fica reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos.

4. Embargos declaratórios conhecidos e parcialmente providos para a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº87/1996, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular.

Em vista disso, considerando que o presente contencioso administrativo se iniciou em 02/3/2020, com o protocolo da peça impugnatória, o presente contencioso se encontrava pendente de julgamento na data da decisão de mérito da ADC nº 49, ocorrida em 29/4/2021. Portanto, para as operações denunciadas no presente contencioso, não há a incidência do ICMS, de forma que os créditos tributários lançados sobre as transferências de materiais de uso/consumo ou de bens do ativo, para outras filiais da mesma titularidade, devem ser afastados, por força da decisão do STF, acima explanada.



A matéria em foco já foi objeto de decisão por este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão nº 087/2024, de relatoria do nobre Cons.º Sidney Watson Fagundes da Silva. Vejamos:

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS – EFEITOS INFRINGENTES - ADC
Nº 49 - NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE
TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE
ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - REFORMADA A
DECISÃO EMBARGADA - RECURSO PROVIDO.**

- O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, com efeitos a partir do exercício de 2024, ressalvados os processos administrativos e judiciais que tratem da matéria e que estivessem pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito (29 de abril de 2021).

Acórdão nº 087/2024

Embargos de Declaração

Processo nº 0873862016-2

Segunda Câmara de Julgamento

Relator: Cons.º. Sidney Watson Fagundes da Silva

Destarte, contrariando a decisão singular, diante dos fatos acima considerados, deve ser afastado o crédito tributário lançado na inicial.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a sentença monocrática, e julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000104/2020-03, lavrado em 29/1/2020, contra a empresa OI MÓVEL S. A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, inscrição estadual nº 16.211.981-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente Processo.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 10 de setembro de 2024.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator