



PROCESSO Nº 1784392020-0

ACÓRDÃO Nº 424/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

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

Atuante: DAYSE COUTINHO CUNHA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE FILIAIS DE UMA MESMA EMPRESA. CONTENCIOSO FORMADO ANTERIORMENTE À DECISÃO DE MÉRITO DA ADC 49. ALCANCE DA MODULAÇÃO FIRMADA PELO STF. RECURSO VOLUNTÁRIO. PROVIMENTO.

Não há que se falar na incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre filiais de mesmo titular, mesmo que compondo o ativo imobilizado, conforme assentado pelo STF. No caso dos autos, o contencioso administrativo se iniciou antes da decisão de mérito da ADC 49, restando resguardada conforme decisão dos Embargos de Declaração que modularam os efeitos da referida 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.

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, no mérito, pelo seu provimento, a fim de reformar a decisão de primeira instância para julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001768/2020090, lavrado em 18 de novembro de 2020 contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes da presente acusação.



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

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 06 de setembro de 2023.

EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1784392020-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

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

Atuante: DAYSE COUTINHO CUNHA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE FILIAIS DE UMA MESMA EMPRESA. CONTENCIOSO FORMADO ANTERIORMENTE À DECISÃO DE MÉRITO DA ADC 49. ALCANCE DA MODULAÇÃO FIRMADA PELO STF. RECURSO VOLUNTÁRIO. PROVIMENTO.

Não há que se falar na incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre filiais de mesmo titular, mesmo que compondo o ativo imobilizado, conforme assentado pelo STF. No caso dos autos, o contencioso administrativo se iniciou antes da decisão de mérito da ADC 49, restando resguardada conforme decisão dos Embargos de Declaração que modularam os efeitos da referida 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.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001768/2020090** (fls. 03/05), lavrado em 18 de novembro de 2020 contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0243 - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS - diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.



Em decorrência do fato acima descrito, a Representante Fazendária lançou, de ofício, crédito tributário no valor total de **R\$ 159.271,76** (cento e cinquenta e nove mil, duzentos e setenta e um reais e setenta e seis centavos), sendo **R\$ 106.181,15** (cento e seis mil, cento e oitenta e um reais e quinze centavos) referentes ao ICMS, por infringência aos artigos 106, II, “c” e um §1º c/c, art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e, art. 14, X, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e **R\$ 53.090,61** (cinquenta e três mil, noventa reais e sessenta e um centavos) a título de multa por infração com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Depois de cientificada por meio do seu Domicílio tributário eletrônico - DT-e em 23/11/2020 (fl. 09), a Autuada interpôs peça reclamatória tempestiva em 23/12/2020 (fls. 11 a 24), alegando, em síntese, o que passo a apresentar:

a) Da tempestividade na apresentação da impugnação protocolada em 23/11/2020;

b) Faz um breve relato dos fatos;

c) Trata-se de operações de transferência de bens ativo fixo entre matriz e filial, ou filiais, do mesmo contribuinte, conforme notas fiscais relativas às operações autuadas (Doc. 04) e alega que o ICMS não incide sobre operações de transferências de bens integrantes do ativo fixo quando realizada entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, transcreve em sua defesa jurisprudência do STF quando do julgamento do RE nº 540.829/SP, do STJ que editou a Súmula nº 166, do STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.125.133/SP e recente julgamento em 15/05/2020 quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.255.855, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1.099), além de outras decisões e doutrina que trata da matéria;

d) Manifesta a abusividade e confiscatoriedade da multa de ofício aplicada no percentual de 50%, transcreve jurisprudência do STF e do STJ, além de doutrina que trata da matéria;

Por fim, pede e espera o cancelamento integral das exigências consubstanciadas no Auto de Infração nº 93300008.09.00001768/2020-90, seja pela nulidade, seja pela manifesta improcedência dos argumentos que o fundamentam;



Requer a juntada de documentos adicionais à comprovação das alegações fáticas constantes da presente defesa.

Requer ainda, que todas as intimações sejam realizadas em seu próprio nome, no seu endereço bem como em nome de seus advogados, em Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Queiroga Advogados, A/C Dra. Alessandra Bittencourt de Gomensoro, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e estabelecida na Av. Praia do Flamengo, nº 200, 11º andar, Flamengo, Rio de Janeiro - RJ, CEP: 22210-901.

Documentos instrutórios anexos às fls. 25 a 159 dos autos.

Foram anexadas aos autos, pela fiscalização, à fl. 06, Demonstrativo do Auto de Infração da Malha Fiscal, às fls. 07 e 08, Demonstrativo para Auto de Infração - Chaves das Notas, à fl. 09, Comprovante de Notificação - DT-e, os documentos que deram suporte à denúncia inserta na inicial.

Conclusos os autos, às fls. 160, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, tendo sido, nos termos regimentais, remetidos à Julgadora Eliane Vieira Barreto Costa, a qual lavrou decisão pela procedência do auto de infração, nos termos sintetizados na ementa abaixo exposta:

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. DENÚNCIA FISCAL COMPROVADA.

Devido o ICMS - Diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima, por meio do DT-e, em 23 de novembro de 2020, a autuada apresenta tempestivamente o Recurso Voluntário por meio do qual, em síntese, repisa os argumentos apresentados em sua impugnação, sem nada a acrescentar.

Os autos foram, nos termos regimentais, remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba e, distribuídos à relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.



VOTO

Versa os autos acerca de auto de infração lavrado contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, de inscrição estadual nº 16.082.144-4, que visa exigir crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS, especificamente de Diferencial de Alíquotas, em virtude de aquisição de bens de outra unidade da federação para seu artigo fixo, tendo sido o auto de infração em comento julgado procedente em sede de primeira instância;

Ab initio cumpre destacar a tempestividade do Recurso Voluntário interposto, eis que a autuada fora cientificada, via Domicílio Tributário Eletrônico em 28/03/2022 e interpusera, em 28/04/2022 Recurso Voluntário face a decisão de primeira instância.

Ademais, saliente-se, de antemão, que não se verifica dos autos vícios que comprometam a acusação, tendo o auto de infração em comento observado as cautelas que prescreve o art. 142 do Código Tributário Nacional, mesmo porque acostado, das fls. 6 a 8 dos autos relação das notas fiscais que assentam a presente acusação.

Relativamente ao mérito, a autuada insurge-se alegando, em síntese, que todas as operações versadas seriam de transferência de bens do ativo imobilizado entre filiais de uma mesma empresa, e que não incidiria ICMS sobre as operações de bens integrantes do ativo fixo quando realizada entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Tal matéria, urge esclarecer, fora submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49, cuja ementa segue abaixo transcrita:

ADC 49

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 19/04/2021

Publicação: 04/05/2021

Ementa

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.

A decisão do STF - ao nosso particular sentir acertada, pois prestigia a conceituação do Direito Civil, mais precisamente do Direito Empresarial, segundo a qual o estabelecimento há de ser compreendido como conjunto de bens que compõem uma mesma empresa, esta atividade econômica única, ainda que fracionada em diferentes filiais - teve seus efeitos modulados por meio do julgamento de embargos de declaração, ficando postergados os mesmos para o exercício de 2024, sendo ressalvados, todavia, os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito, que ocorreu em 29/4/2021, de acordo com a reprodução a seguir da ata de julgamento dos embargos de declaração:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedentes os presentes embargos para modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia pró-futuro a partir do 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, e, 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, concluindo, ao final, por conhecer dos embargos e dar-lhes parcial provimento para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/1996, excluindo do seu âmbito de incidência apenas a hipótese de cobrança do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli (ausente ocasionalmente, tendo proferido voto em assentada anterior), Luiz Fux, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça. Ausente, justificadamente, a Ministra Carmen Lúcia, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 19.4.2023.



Em vista disso, considerando que o presente contencioso administrativo se iniciou em 23/12/2020, com o protocolo da peça impugnatória, portanto anteriormente ao julgamento da decisão de mérito da referida ADC 49, entende-se que, conforme decisão que modulou os efeitos, ressaltando os processos administrativos pendentes de julgamento antes de 29/04/2021 (data do julgamento de mérito), a exigência do crédito tributário, no caso dos autos, deve ser afastada.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo, e, no mérito, pelo seu provimento, a fim de reformar a decisão de primeira instância para julgar improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00001768/2020090, lavrado em 18 de novembro de 2020 contra a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes da presente acusação.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara, sessão realizada por videoconferência em 06 de setembro de 2023.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator