

PROCESSO : Nº 20232900500013 E-PAT n. 030.407
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 005/2024
RECORRENTE : BMG FOODS IMPORTACAO E EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA : 1ª CÂMARA /TATE/SEFIN
RELATOR : JUAREZ BARRETO MACEDO JUNIOR
RELATÓRIO : Nº 151/2024/2ª CÂMARA /TATE/SEFIN

VOTO DO JULGADO RELATOR

Trata-se de lançamento fiscal referente à não comprovação do recolhimento do ICMS incidente sobre operação de transferência interestadual de mercadoria (carne bovina), constante na NF-e nº 9161, emitida em 20/05/2023, fundamentado no artigo 57, inciso II, alínea “a”, do RICMS/RO (Decreto nº 22.721/2018).

Após a autuação, sobreveio o julgamento da ADC 49/2009 pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou a tese da não incidência de ICMS sobre tais operações.

O sujeito passivo defende-se sustentando a inexistência do fato gerador do imposto, amparado por decisão liminar no Processo nº 7053040-14.2022.8.0001, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que teria afastado a exigibilidade do tributo nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade.

O sujeito passivo requer a aplicação da referida decisão ao caso concreto, pleiteando a anulação do lançamento fiscal.

A fiscalização, por seu turno, sustenta a inaplicabilidade da decisão liminar ao presente caso, destacando que a exigibilidade do ICMS sobre operações de transferência de mercadorias foi restabelecida pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 49, a qual modulou os efeitos da decisão para produzir eficácia a partir do exercício de 2024. Salienta ainda que a ressalva da modulação alcança tão somente as ações individuais ajuizadas até 29/04/2021, marco anterior à impetração da ação manejada pelo contribuinte, que data de 22/08/2022.

O douto julgador singular, ao apreciar os fatos e fundamentos jurídicos aduzidos pelo sujeito passivo na sua peça impugnativa, decidiu a presente demanda julgando improcedente o auto de infração, sob os seguintes fundamentos: Vide

“... Fato é que, declarado que os efeitos da decisão da Suprema Corte somente se darão a partir do exercício de 2024, “ressalvados os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito” (em 19/04/2023), **restaria ao contribuinte comprovar que possuísse algum pedido judicial ou administrativo em relação ao pretendido afastamento da tributação.**

Nota-se que a nota fiscal que acobertou a operação faz menção à não incidência do ICMS, com base no processo (TJ/RO) 7053040-14.2022.8.22.0001. Este é um processo de 1º grau, que foi objeto de reexame pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que, na data de 28/02/2023, denegou a segurança pretendida pelo contribuinte, sob a seguinte ementa:

Remessa necessária. Tributário. Mandado de segurança. Contribuinte que almeja evitar futuros lançamentos de ICMS sobre operações de transferência de produtos entre estabelecimentos. Ausência de comprovação de ameaça objetiva. Pronunciamento judicial em relação a ato genérico. Impossibilidade. Poder-dever de fiscalização do Fisco. Sentença reformada. Segurança denegada.

No mesmo processo houve embargos de declaração e, então, em 14/11/2022, definiu o Tribunal:

Com esse pensar, conferindo o efeito infringente buscado, faz jus a empresa a isenção pretendida, mas deverá comprovar, em cada situação e perante a administração fazendária, que o transporte se insere na hipótese da súmula do STJ e do tema do STF.

Em face do exposto, dou parcial provimento aos embargos de declaração para o fim de, conferindo efeito modificativo ao julgado, conceder parcialmente a segurança reclamada, instando o ente tributante que não tribute no ICMS caso comprove, individualmente, em cada operação, que se trata de transporte de mercadorias entre estabelecimentos da pessoa jurídica.

Pelos fatos, entendo ser desnecessária qualquer ação comprobatória a ser feita pelo contribuinte para o caso em tela (tentativa de se cobrar o ICMS específico da operação de transferência feita entre estabelecimentos de um mesmo titular) além da nota fiscal que acobertou a operação. **Inclusive, a ressalva da decisão do STF na ADC 49 já é elemento suficiente para o afastamento da tributação que tenta impor o auto lavrado, afinal na data da publicação da modulação da decisão do STF o contribuinte já possuía processo judicial, que inclusive o amparava acerca da não tributação das operações de transferências.**

Ademais, observo impropriedade na capitulação da infração e penalidade imposta pelo auto lavrado, já que a descrição do caso feita pela ação fiscal remete à ocorrência de saída de mercadorias tributadas, porém tratadas como de não incidência de tributação pelo sujeito passivo, circunstância que, caso ocorrida, coaduna com os dizeres do artigo 77, inciso VII, alínea e-4 da Lei 688/1996, cuja penalidade prevista seria a de 100% do valor do imposto. O auto de infração, ao invés disso, capitulou a infração como sendo vinculada à saída de mercadorias sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, sem a comprovação desse pagamento, com multa de 90% sobre o valor do tributo devido.”

Portanto, essa foi a decisão exarada neste E-PAT.

Não há manifestação do autor do feito.

FUNDAMENTAÇÃO JURIDICA DO VOTO

De início, cumpre salientar que a controvérsia sobre a incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular foi pacificada pelo STF no julgamento da ADC nº 49, com modulação expressa dos efeitos, postergando a eficácia da decisão para o exercício de 2024. Estabeleceu a seguinte tese vinculante:

“Não incide ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, seja para outro Estado ou dentro do mesmo Estado.”

Na modulação, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que:

“A decisão produzirá efeitos ex nunc, de modo que a exigência do ICMS com fundamento na ADC nº 49 somente poderá ocorrer a partir de 1º de janeiro

de 2024, ressalvados os processos judiciais e administrativos protocolados até a data da publicação da ata de julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1099), em 19 de abril de 2021.”

Ressalte-se, ademais, que a aplicação da tese firmada pelo STF respeita os princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita em matéria tributária.

Destarte, o CONFAZ alinhado com a decisão do STF editou Nota Técnica Interna recomendando a observância ao Convênio ICMS nº 174/2023 regulamentou nacionalmente a transferência de crédito nessas hipóteses, para dar segurança jurídica e operacionalizar o cumprimento da decisão. Vide:

Nota	Técnica	Interna:
		Para fundamentar e uniformizar a análise dos processos administrativos pendentes que versem sobre a mesma matéria, recomenda-se a observância do Convênio ICMS nº 174/2023, que operacionaliza a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos do mesmo titular, garantindo a segurança jurídica e evitando o enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

Antes de adentrar ao mérito da questão, importante entender os impactos práticos dos efeitos da modulação e ressalvas, **antes** ou **após** a publicação da ATA de julgamento do STF:

Data do julgamento finalizado: 2021

Publicação da Ata: 29/04/2021.

Modulação dos efeitos:

O STF modulou os efeitos da decisão da seguinte forma:

- A decisão produziu efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento, que foi **29/04/2021**.
- **Ressalva:** ficam ressalvadas as ações judiciais e procedimentos administrativos em curso até essa data.

1. **Antes de 29/04/2021:**

Se havia discussão administrativa ou judicial aberta, aplica-se o entendimento do STF para **beneficiar o contribuinte**.

Se não havia discussão, a cobrança feita antes da modulação permanece **válida**.

2. Após 19/04/2021:

O fisco deve exigir o ICMS nessas operações.

Verifica-se que o crédito tributário objeto da autuação encontra-se regularmente constituído mediante Auto de Infração lavrado com a observância dos requisitos legais, consoante determina o art. 100 da Lei 688/96.

No caso em apreço, o douto julgador singular asseverou em sua decisão que “restaria ao contribuinte comprovar que possuísse algum pedido judicial ou administrativo em relação ao pretendido afastamento da tributação.

E mais, “entendo ser desnecessária qualquer ação comprobatória a ser feita pelo contribuinte para o caso em tela (tentativa de se cobrar o ICMS específico da operação de transferência feita entre estabelecimentos de um mesmo titular) além da nota fiscal que acobertou a operação. **Inclusive, a ressalva da decisão do STF na ADC 49 já é elemento suficiente para o afastamento da tributação que tenta impor o auto lavrado, afinal na data da publicação da modulação da decisão do STF o contribuinte já possuía processo judicial, que inclusive o amparava acerca da não tributação das operações de transferências.**

Ademais, a Súmula nº 05/TATE/SEFIN, que dispunha sobre a não exigibilidade do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, também teve seus efeitos suspensos a partir de 01/05 a 31/12/2023, em decorrência da referida modulação, a partir do exercício de 2024.

O ponto central da controvérsia reside na aplicabilidade da decisão do STF na ADC 49/2009 e da liminar concedida nos autos do processo judicial nº 7053040-14.2022.8.22.0001, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na qual foi determinado ao Fisco Estadual que se abstenha de exigir o ICMS

nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, no presente caso.

Embora a modulação dos efeitos da decisão do STF na ADC 49/2009 tenha postergado sua eficácia para o exercício de 2024, ressalvando apenas os processos administrativos e judiciais ajuizados até 29/04/2021, o contribuinte, no presente caso, é amparado por decisão liminar concedida em ação judicial individual manejada em 22/08/2022.

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal estabelece que decisões judiciais dotadas de eficácia concreta devem ser observadas pela Administração Pública, inclusive no âmbito tributário (RE 601.314/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/03/2011). Nos termos do art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Além disso, conforme a Súmula 525 do STJ, 'A medida cautelar fiscal não é requisito indispensável para a exigibilidade do crédito tributário', o que corrobora o entendimento de que a exigência encontra-se suspensa por decisão judicial, ainda que fora do marco da modulação fixado pelo STF.

Dessa forma, reconhece-se a inexigibilidade do crédito tributário em razão da liminar vigente,

Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso de Ofício, para ao final negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de IMPROCEDÊNCIA do auto de infração

E como **VOTO!**

Porto Velho, 23 de abril de 2024.

JUAREZ BARRETO MACEDO JUNIOR
Julgador / Relator

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20232900500013 - E-PAT: 030.407
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 002/2024
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : BMG FOODS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

ACÓRDÃO Nº 074/2025/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : **ICMS/MULTA: FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO - SAÍDA INTERESTADUAL DE MERCADORIA -OPERAÇÕES DE TRANSFERENCIA SEM DESTAQUE - ADC 49/2009 – OPERAÇÃO ABARCADA POR LIMINAR – INOCORRÊNCIA.** Restou provado nos autos que a operação se trata de transferência de mercadorias, que, em razão do processo nº 7053040-14.2022.8.0001 TJ/RO, o estado está impedido de efetuar esse lançamento. Infração fiscal ilidida. Recurso de Ofício desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de Primeira Instância que julgou **IMPROCEDENTE** do auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Juarez Barreto Macedo Junior, acompanhado pelos julgadores Reinaldo do Nascimento Silva, Amarildo Ibiapina Alvarenga e Manoel Ribeiro de Matos Junior.

TATE. Sala de Sessões, 25 de abril de 2025.

Fabião Emanuel F. Caetano
Presidente

Juarez Barreto Macedo Junior
Julgador/Relator