

OBSERVATÓRIO DO TIT

Transferências entre estabelecimentos do mesmo titular

O atual posicionamento do TIT e as perspectivas

GRUPO DE PESQUISA SOBRE JURISPRUDÊNCIA DO TIT DO NEF/FGV DIREITO SP



Prédio do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo. Crédito: Divulgação/Sefaz SP

Nos termos da decisão proferida nos autos da ADC 49/RN, o plenário do STF consolidou o entendimento no sentido de que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular **não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual.**

Essa discussão vem se arrastando há décadas, mas, agora, o entendimento é definitivo.

E no TIT/SP (Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo), qual o posicionamento atual?

RELATÓRIO EXCLUSIVO | JOTA PRO

Levantamento do JOTA mostra qual foi a tendência dos julgamentos tributários em 2023

BAIXE JÁ



RELATÓRIO ESPECIAL | JANEIRO.2024

Fisco venceu a maioria dos casos tributários nos tribunais superiores em 2023

Levantamento do JOTA mostra que de 14 julgamentos no STJ e STF, oito, ou 57%, tiveram decisão favorável à União, contra três decisões favoráveis aos contribuintes

Esse tema foi analisado por **esta coluna** quando foi evidenciado que Câmara Superior do TIT/SP deixou de aplicar entendimento firmado na ADC 49/RN e no Tema 1.099, quando do julgamento do AIIIM 4.060.549-8.

Naquela ocasião, ainda pendia de julgamento os Embargos de Declaração apresentados nos autos da citada ADC, tendo prevalecido o voto vencedor, da lavra do juiz Valério Pimenta de Moraes, pela inaplicabilidade dos efeitos jurídicos da ADC 49/RN ao caso concreto, vez que a Corte Suprema havia sinalizado a possível modulação de efeitos da decisão de forma prospectiva.

A situação neste momento é outra: os Embargos de Declaração foram julgados e, com fundamento na segurança jurídica, houve 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.

Assim, quando do julgamento dos citados Embargos de Declaração, foi acolhida a tese proposta pelo relator da ADC, ministro Edson Fachin, para:

- esclarecer que a decisão proferida não afasta o direito ao crédito da operação anterior;
- modular os efeitos da decisão a fim de que tenha eficácia para o 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 (29/04/2021); e

- estabelecer que os Estados deveriam disciplinar a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular até 31/12/2023. Exaurido esse prazo sem que ocorresse a regulamentação, ficaria reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos.

Dentre outras razões, certamente essa decisão também decorreu da grave situação orçamentária que os Estados estão atravessando.

Nessa toada, foi aprovado o Convênio ICMS 178/2023, disciplinando a transferência de créditos de ICMS nas operações de saída de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa, tal como exigido pela ADC 49/RN.

As disposições veiculadas pelo Convênio merecem atenção, pois trazem incongruências, como, por exemplo:

- foi “aniquilado” o artigo 25, da LC 87/96, que prevê que os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte localizado no Estado. Esse dispositivo sequer foi objeto de deliberação quando do julgamento da ADC 49;
- a transferência do crédito deverá estar vinculada à respectiva transferência de mercadorias entre os estabelecimentos e será exigida a emissão de nota fiscal para carregar este crédito do Estado de Origem para o Estado de Destino. Em outras palavras: não houve a autorização para a mera transferência de créditos sem a respectiva movimentação de mercadorias, mas exatamente o contrário, o que acarretará tributação de operação que não constitui fato gerador do ICMS;
- o crédito a ser transferido deverá ser destacado em nota fiscal, como resultado do cálculo por dentro a ser feito quando da apuração do valor da mercadoria a ser transferida. **Ora, além da “ilegal” exigência de destaque do imposto em nota fiscal para uma operação que não há incidência do ICMS, a NFe será rejeitada, pois não existe campo ou lógica no Schema XML do programa da NFe que recepcione a operação;**
- determinada segmentação de regras para a transformação de mercadorias e dos respectivos créditos originais de estabelecimentos industriais, comercial e de produtores;
- a base de cálculo do estorno de crédito não será o custo de aquisição dos insumos, mas o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e

acionamento, ou seja, a base de cálculo estará inflada, gerando tributação indireta.

Ou seja, certamente as disposições do Convênio ICMS 178/2023 gerarão muitas discussões no tocante à transferência dos créditos nas citadas operações, inclusive por ter extrapolado o decidido nos autos da ADC 49/RN.

Em relação à matéria de fundo, a despeito de inexistir manifestação expressa da Câmara Superior após o julgamento dos Embargos de Declaração na ADC nº 49/RN, as Câmaras Julgadoras já se pronunciaram, quer se curvando ao posicionamento do STF, quer não se manifestando sobre o tema, arguindo a aplicabilidade do artigo 28, da Lei Paulista 13.457/2009^[1].

Nesse particular podem ser citados os seguintes acórdãos: (i)^[2] AIIM's 4.121.698-2 (3ª Câmara, j. 06/04/2022); 5.010.867-0 (1ª Câmara, j.18/07/2023) (ii)^[3] AIIM's 4.148.587-7 (2ª Câmara, j.11/04/2023); 4.093.297-7 (10ª Câmara, j.07/07/2023); e (iii)^[4] AIIM 4.150.994-8 (4ª Câmara, 06/12/2023).

No entanto, a partir das próximas decisões, outro não poderá ser o posicionamento da Câmara Superior senão se curvar ao decidido pelo STF e cancelar os AIIM's cujo objeto é a cobrança do ICMS nas operações entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que interestaduais.

Relativamente ao aproveitamento do crédito, certamente esse assunto ainda gerará muitas discussões, que serão objeto de acompanhamento pelo Observatório de Jurisprudência do TIT.

Autores:

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares – Advogada, doutora pela PUC-SP (Direito Tributário); juíza (Contribuinte) do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo; vice-presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP – 2ª Turma Disciplinar

Rafael Garabed Moundjian – Advogado, mestre pela Faculdade de Direito de São Paulo (Direito Tributário); contador (UNIP/SP); coordenador do curso de Gestão e Tributação no Agronegócio pelo Instituto de Ensino BSSP e professor convidado do MBA em Direito Tributário e Empresarial da FGV e Faculdade de Ciências Aplicadas da Unicamp

Coordenação:

Eurico Marcos Diniz de Santi

Eduardo Perez Salusse

Kalinka Bravo

Lina Santin

[1] Art.28. No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: I – em ação direta de inconstitucionalidade; II – por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo. III – em enunciado de Súmula Vinculante.

[2] Decisão pela aplicação do art. 28, da Lei Paulista 13.457/2009

[3] Decisão pela aplicação da ADC 49/RN

[4] Decisão pela conversão em diligência ao presidente do TIT/SP

GRUPO DE PESQUISA SOBRE JURISPRUDÊNCIA DO TIT DO NEF/FGV DIREITO SP

**É estudante ?
Aproveite as condições especiais para quem está na
graduação, mestrado ou doutorado.**

ASSINE

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.