

INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR – ADC Nº 49

No julgamento da ADC 49, o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade da incidência do ICMS nas remessas de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

A manifestação em relação ao mérito é definitiva, mas ainda pende a questão atinente à modulação dos efeitos da decisão.

De fato, há muito tempo que os Tribunais Superiores (STF e STJ) consolidaram o entendimento no sentido de que só existirá hipótese de incidência do ICMS quando houver, obrigatoriamente, a transferência da titularidade do bem.

O tema foi, inclusive, sumulado no STJ, conforme Súmula 166:

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

No entanto, sob o fundamento de que referida Súmula se fundamentou em precedentes anteriores à edição da LC nº 87/96, os Estados continuaram a exigir o ICMS qualquer que fosse a transferência, ainda que entre estabelecimentos do mesmo titular.

Agora, como o julgamento se deu em sede de ADC, ou seja, por meio de ação de controle de constitucionalidade, a decisão é vinculante aos órgãos do Poder Executivo, que deverão expurgar a norma inconstitucional das suas legislações, nos termos do artigo 28, § único da Lei nº 9.868/1999.

A solução definitiva ainda depende da fixação dos efeitos temporais da decisão. Ou a Corte Constitucional confirma a iterativa posição judicial sobre o tema, ou modula os efeitos da decisão para frente.

Alguns contribuintes compartilham do mesmo interesse do Fisco: querem que o julgado produza efeitos *ex nunc* (a partir do julgamento). Isso porque as legislações estaduais, ao mesmo tempo que exigem o recolhimento do imposto, autorizam o aproveitamento do crédito

do ICMS nas referidas transferências. Vale dizer, o tributo recolhido no Estado remetente é creditado no estabelecimento do Estado destinatário, em razão da observância ao princípio constitucional da não cumulatividade.

Para alguns, tendo em vista o julgamento da ADC, em razão da vedação constitucional ao aproveitamento dos créditos nos casos em que a operação anterior não haja incidência do tributo (artigo 155, § 2º, II, *a* e *b*, da Constituição Federal), os Estados poderiam mandar estornar os créditos dos contribuintes e, conseqüentemente, cobrar o valor do ICMS correspondente aos últimos 5 (cinco) anos. A modulação, nesse ponto, implicaria afronta à segurança jurídica.

Contudo, não há circulação jurídica na mera transferência; portanto, não há de se falar em operação relevante para fins de ICMS. Por decorrência, somos do entendimento que não poderá ocorrer o estorno do crédito nessas operações, uma vez que não é hipótese de isenção ou não incidência, sendo inconstitucional o estorno dos créditos da operação que originou a transferência da mercadoria.

Relativamente à modulação dos efeitos do julgado, a maioria dos Ministros votou pela produção dos efeitos *ex nunc* a partir de 2022, ressalvados os direitos de quem ingressou com medida judicial

O Ministro Toffoli, por sua vez, votou para que a decisão surta efeitos tão somente após decorridos 18 (dezoito) meses contados da publicação dos Embargos de Declaração, ressalvado os direitos de quem ingressou com medida judicial.

Após o voto do Ministro Toffoli, os autos saíram em vista ao Ministro Gilmar Mendes desde 17/12/2021, ocasião em que o julgamento deixou de ser virtual.

Ou seja, ao que tudo indica haverá muita discussão para a fixação dos efeitos temporais da decisão, pois todos os Ministros poderão se manifestar novamente sobre esse ponto.

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares