

## O Supremo, a ADC 49 e o ICMS

Por Ney Castelo Branco Neto<sup>1</sup>

O STF julgou improcedente a ADC 49, afastando a incidência do ICMS sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, mantendo coerência com o Tema 1.099<sup>2</sup> da Corte e com a Súmula 166<sup>3</sup> do Superior Tribunal de Justiça.

Houve, deste modo, a declaração de inconstitucionalidade do **art. 11, §3º, II** (estabelecia autonomia dos estabelecimentos); do **art. 12, I** onde havia a regra “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*” e ainda do **art. 13, §4º**, que cuida da base /de cálculo do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, todos da LC 87/96.

Por expressa previsão constitucional, a não-cumulatividade do ICMS se opera por meio de créditos das operações de entrada contra débitos das saídas. Então, nessas movimentações entre estabelecimentos houve o questionamento sobre a manutenção do crédito do imposto, pois os contribuintes destacavam o ICMS nessas transferências entre estabelecimentos e em tese poderiam ser autuados.

Ocorre que nessa situação não há alteração da titularidade, isto é, não há uma operação, e sim mera transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, de forma

---

<sup>1</sup> O autor do ensaio é advogado, mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e sócio de *Maia e Castelo Branco Advogados*.

<sup>2</sup> **Tema 1099 - Incidência de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos.**

Há Repercussão?

Sim

Relator(a):

MINISTRA PRESIDENTE

Leading Case:

Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 150, I e 155, II, da Constituição Federal, se incide o ICMS sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos localizados em estados distintos com fundamento no Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul e no art. 12 da Lei Complementar 87/1997, tendo em vista a existência de ato mercantil ou transferência de propriedade.

Tese:

**Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.**

<sup>3</sup> Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

que o contribuinte tem direito ao crédito em razão da não-cumulatividade. Contudo, a transferência desses créditos depende de Lei Complementar ou decorre naturalmente da não-cumulatividade do imposto?

A modulação dos efeitos da ADC 49/RN, de acordo com o voto do Ministro Edson Fachin, visando trazer “*segurança jurídica na tributação e equilíbrio do federalismo fiscal*” determinou que somente no exercício financeiro de 2024 incidirão os efeitos da supracitada decisão.

A eficácia *pro-futuro* excepcionou os processos administrativos e judiciais pendentes até a data da publicação da ata de julgamento da decisão de mérito (abril/2021).

No entanto, os que não realizaram o destaque do ICMS nas operações de transferência e não tinham medida judicial ajuizada antes de abril/2021, com base na modulação dos efeitos, estão sujeitos à cobrança do imposto. Essa situação é aterrorizante a esses contribuintes, pois confiaram na jurisprudência do STF (Tema 1.099), cuja eficácia vinculante é indiscutível porque se deu em sede de repercussão geral.

De fato, essa situação esdrúxula precisa ser ajustada, sob pena de macular o princípio da boa-fé e de transformar até mesmo as decisões do próprio STF em uma constante loteria.