

19/04/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 49 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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 PROPRIIDADE 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

ADC 49 / RN

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 C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 9 a 16 de abril de 2021**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na presente ação, 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, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de abril de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

19/04/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 49 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, com o objetivo de ver declarados constitucionais os artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, cujo teor é o seguinte:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular.

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto

ADC 49 / RN

no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;**

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º **Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:**

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Defende-se, em síntese, que o legislador ordinário, ao interpretar a expressão “circulação de mercadorias”, optou por entendê-la como circulação econômica, prevendo que cada estabelecimento empresarial seria considerado autônomo e disciplinando a incidência de ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, além de sua base de cálculo. Assim, não havendo necessidade de circulação jurídica, não se exigiria a ocorrência de um negócio jurídico correlato.

Ademais, afirma-se que não se sustenta a alegada irrelevância jurídica das transferências dessa natureza. Dentre os reflexos tributários percebidos estariam a alteração do sujeito ativo, a garantia de parcela da receita tributária a cada unidade partícipe e do direito ao aproveitamento dos créditos decorrente da não cumulatividade do ICMS, e a emissão de Nota Fiscal em transferências dessa natureza.

Consigna-se, ainda, que o legislador ordinário agiu nos limites da

ADC 49 / RN

autorização constitucional conferida pelo art. 155, §2º, XII, “d”, da Constituição da República e, vinculando-se a ela, não foi além do que permitia sua função. Dessa forma, das duas interpretações possíveis neste caso, argumenta-se que é esta a que confere maior eficácia à norma constitucional e que prestigia a opção do Poder Legislador, detentor de legitimidade.

Apliquei o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, com a finalidade de possibilitar o julgamento definitivo da ação pelo Tribunal (eDOC 34).

Nas suas informações, o Presidente do Congresso Nacional aponta que os dispositivos aqui discutidos refletem a opção do Parlamento, o qual, por sua vez, representa a vontade popular e, ao fim, conclui que o pedido deve ser julgado procedente (eDOC 41).

A Advocacia-Geral da União defende que operações de circulação não se limitam à transferência entre pessoas distintas, manifestando-se pela procedência do pedido formulado (eDOC 49).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ação, em parecer assim ementado (eDOC 55):

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE. REQUISITO PARA INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS NA TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. MATÉRIA PACIFICADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DA NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SEM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OU INCERTEZA QUANTO A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO DO ART. 14-III DA LEI 9.868/99. 1. Ajuizamento válido de ação declaratória de constitucionalidade depende da

ADC 49 / RN

demonstração de controvérsia judicial relevante (art. 14-III da Lei 9.868/1999), compreendida na situação de incerteza ou dúvida acerca da legitimidade constitucional das normas. 2. A mera indicação de decisões judiciais divergentes acerca de determinado tema constitucional não é suficiente para configuração do requisito do art. 14-III da Lei 9.868/1999, quando não estiver em risco a presunção de constitucionalidade das leis. 3. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a mera saída fiscal de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não configura hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. 4. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 540.829/SP – Tema 297), assentou que “circulação de mercadoria”, para fins de incidência do ICMS, possui acepção jurídica que exige ato de mercancia, com transferência da titularidade do bem. 5. Não há controvérsia judicial relevante quando a matéria esteja pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça por sistemática que vincule as instâncias inferiores (repercussão geral – RE 540.829/SP e recurso repetitivo - REsp 1.125.133/SP). – Parecer pelo não conhecimento da ação”.

É o relatório.

19/04/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 49 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O pedido de declaração de constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, na presente ação declaratória de constitucionalidade, tem como objetivo obter pronunciamento adjudicatório do Supremo Tribunal Federal quanto à incidência de Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular localizados em estados federados distintos.

Sabe-se que, como condicionante para o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Lei Federal n. 9.868/99 estabelece, em seu art. 14, III, a demonstração de “existência de controvérsia judicial relevante”.

Em parecer apresentado aos autos (eDOC 55), o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de não se encontrar preenchido tal requisito, em razão de a discussão aqui posta já ter sido “pacificada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, por meio de sistemática que vincula as instâncias inferiores.”.

Tal entendimento, todavia, não merece prosperar.

Consoante leciona Luiz Guilherme Marinoni, doutrinador citado na manifestação apresentada pelo *parquet*:

“Controvérsia judicial não significa desacordo entre os tribunais acerca da aplicação da norma. Isso porque a justificativa da ação declaratória está na existência de dúvida sobre a constitucionalidade da norma. A dúvida sobre aplicação da norma é dúvida sobre sua constitucionalidade. **O pressuposto da declaração de constitucionalidade não está na divergência entre os tribunais, mas na divergência entre o Judiciário e o Legislativo (...)**”.

ADC 49 / RN

É justamente, pois, a divergência entre Judiciário e Legislativo, a controvérsia que se verifica na presente ação.

Conforme demonstrado pelo requerente, diversas são as decisões proferidas, tanto em Tribunais Superiores, quanto em Tribunais de Justiça, que vão de encontro àquilo disposto na Lei Complementar n. 87/96.

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, o que não se coaduna com os princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal.

A matéria, inclusive, foi objeto de análise no julgamento do ARE 1.255.885/MS, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário da Corte no Tema 1.099, que, não obstante a decisão, não tem a eficácia geral e vinculante da decisão em controle concentrado. Desse modo, não há falar em inexistência de controvérsia judicial relevante.

Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC, bem como atendidos os pressupostos para o ingresso na discussão do mérito.

A pretensão do requerente substancia-se na declaração de constitucionalidade de dispositivos da Lei Kandir conforme o entendimento de que a expressão “circulação de mercadorias” foi interpretada, pelo legislador ordinário, como circulação econômica e não jurídica. Requer, assim, que seja prestigiada a opção do Poder Legislativo.

Inicialmente, ressalto que, conforme o princípio da supremacia da Constituição, o conflito de leis com a Carta Magna encontra solução na prevalência desta, já que, produto do poder constituinte originário, é norma suprema que inicia o ordenamento jurídico. Como consequência, o princípio não se concilia com a ideia de supremacia da lei e do Parlamento, que, sobrevalorizados, debilitam o valor efetivo da Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo

ADC 49 / RN

Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 106 e 56).

Dessa forma, não subsiste isoladamente o argumento trazido pelo requerente, segundo o qual se deve prestigiar a interpretação de uma norma constitucional conferida pelo Poder Legislativo.

É a interpretação segundo a Constituição, e não a lei, que irá balizar este voto. Transcrevo dispositivo constitucional que é regra-matriz do ICMS:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)”.

Diversos sentidos podem ser atribuídos às operações relativas à circulação de mercadorias acima descritas. A despeito de a Lei Maior, em seu art. 146, III, a, ter determinado que cabe às leis complementares definir tributos e seus fatos geradores, o art. 2º, I da Lei Kandir se limita a disciplinar que o ICMS incide sobre “operações relativas à circulações de mercadorias (...)”, perpetuando dúvidas entre doutrinadores e órgãos do Poder Judiciário acerca do conceito estabelecido anteriormente na Constituição.

Entre outras interpretações possíveis, o termo “operação” é entendido como um ato mercantil de comercializar mercadorias, as quais, por sua vez, são bens e objetos destinados à comercialização. “Circulação”, conceito sobre o qual recai as maiores divergências, deve ser interpretado como um negócio jurídico em que há mudança da titularidade da mercadoria (FERNANDES, Odmir. Título III - Impostos. *In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 259 e 260).

Essa última ideia, no entanto, é conceituada por doutrinadores

ADC 49 / RN

brasileiros de três formas diferentes. Para parte deles, as operações sobre as quais aqui se debate são caracterizadas pela circulação física da mercadoria; conforme outros, a circulação é jurídica, devendo haver transferência da propriedade da mercadoria. Defende-se ainda que o imposto deveria incidir quando houvesse circulação econômica da mercadoria, isto é, sua evolução na cadeia produtiva da fonte produtora ao consumidor final (RIBEIRO, Ricardo Lodi. O fato gerador do ICMS. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 9, n. 52, p. 143163, jul./ago. 2011).

O requerente sustenta, por entender que transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular geram reflexos tributários, que o entendimento que deve prevalecer é o da circulação econômica. Este argumento, todavia, não deve prosperar.

Conforme voto no RE 593.824/SC, de minha relatoria, julgado em Plenário no dia 27 de abril de 2020, em que discorri sobre demanda de potência elétrica e ICMS, a circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um adquirente.

A hipótese de incidência do tributo é, portanto, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica.

Esta também é a interpretação de Roque Antonio Carrazza:

"Este tributo, como vemos, só pode incidir sobre a *realização* de operações relativas à circulação de mercadorias (circulação jurídico-comercial). A lei que veicular sua *hipótese de incidência* somente será válida se descrever uma operação jurídica relativa à circulação de mercadorias.

É bom também esclarecermos que tal 'operação relativa à circulação de mercadorias' só pode ser *jurídica* (e não meramente física), o que, evidentemente, pressupõe a

ADC 49 / RN

transferência, de uma pessoa para outra e pelos meios adequados, da titularidade de uma mercadoria – vale dizer, dos poderes de disponibilidade sobre ela. Sem essa mudança de titularidade não há falar em tributação válida por meio de ICMS. Aliás, a ideia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino etc.), encontrou ressonância no próprio STF.

III – Ressaltamos, ainda, que a circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de uma operação (negócio jurídico) onerosa, envolvendo um alienante e um adquirente.

De fato, a Constituição não prevê a tributação de mercadorias por meio do ICMS, mas, sim, a tributação das “operações relativas à circulação de mercadorias, isto é, das operações que têm mercadoria por objeto. Os termos ‘circulação’ e ‘mercadorias’ qualificam as operações tributadas por via de ICMS.”

“(…) o nascimento do dever de recolher ICMS encontra-se indissociavelmente ligado à concomitância dos seguintes pressupostos: *a*) a realização de operações (negócios jurídicos) mercantis; *b*) a circulação jurídica (transmissão da posse ou da propriedade; *c*) existência de mercadoria enquanto objeto da operação; e, *d*) o propósito de livro mediato, com a entrega (*tradictio*) da mercadoria”. (CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 17. ed. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2015, pp. 45 e 63).

No mesmo sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, que, com a função de tutelar a autoridade e a integridade de leis federais, fixou a súmula 166, DJe 23/08/1996, segundo a qual “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Esta foi referência sumular para o Repetitivo 259, concluindo-se, no REsp 1.125.133/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10/09/2010, que se deve aplicar o regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular quando estiverem estes situados em estados diversos, cognição mantida até dias atuais, como é possível

ADC 49 / RN

constatar no REsp 1.704.133–AgInt, Ministra Relatora Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/06/2018.

Não é outra a compreensão deste Supremo Tribunal Federal desde os tempos em que vigia o ICM, predecessor do atual ICMS. No julgamento do RE 75.026/RS-EDv, Tribunal Pleno, por exemplo, referiu o Ministro **Aliomar Baleeiro** que aquele imposto pressupunha “**negócio jurídico que [transferisse] o domínio da coisa dum para outra pessoa**” (grifei) e que era impossível sua cobrança em razão de movimentação da mercadoria entre estabelecimentos do mesma Empresa, em razão de eles serem da mesma pessoa. Ainda nesse sentido: RE 93.523/AM, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cordeiro Guerra**, DJ de 24/9/82.

Vão na mesma direção os diversos casos em que a Corte considerou inconstitucional a cobrança do ICM em razão da transferência da cana-de-açúcar do local do seu plantio para o local onde estão os equipamentos industriais, dentro do mesmo estabelecimento, do mesmo titular. Sobre o tema, o Ministro **Rafael Mayer** já chegou a consignar que “os atos internos, os graus de processamento no interior do estabelecimento não podem ser elementos de circulação econômica e jurídica, pois são simples atos físicos ou materiais do processo produtivo”, motivo pelo qual concluiu não serem esses atos atrativos do imposto (Rp 1.181/PA, Tribunal Pleno, DJ de 8/11/84). Convergindo: Rp 1.355/PB, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Oscar Corrêa**, DJ de 10/4/87; RE 113.090/PB, Segunda Turma, Relator o Ministro **Djaci Falcão**, DJ de 12/6/87.

Há anos os julgamentos que discorrem sobre fato gerador do ICMS se dão no sentido de que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, visto que não há transmissão de posse ou propriedade de bens. Posicionou-se assim em voto no RE 158.834-9/SP, Tribunal Pleno, o Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão, ainda em 2002 (DJe 05/09/2003):

“(...) jamais esta Corte potencializou o vocábulo “saída”, isto para definir o enquadramento dos casos concretos, nos fatos geradores de que cuida o Decreto-Lei n. 406/68. Sempre perquiriu a natureza, em si, do ato jurídico que a estaria a

ADC 49 / RN

motivar, apegando-se à circunstância de o texto constitucional referir-se ao tributo como alusivo a operações relativas à circulação de mercadorias. É certo que, nem sempre, faz-se indispensável a existência de uma compra e venda mercantil, havendo atos jurídicos relevantes para efeitos da incidência do tributo. Nem por isso caminhou no sentido de assentar o deslocamento físico como suficiente, por si só, a atrair a incidência do tributo. A saída apenas física de um certo bem não é molde a motivar a cobrança do imposto de circulação de mercadorias. Requer-se, como consta do próprio texto constitucional, a existência de uma operação que faça circular algo possível de ser definido como mercadoria, pressupondo, portanto, como aliás ressaltado por Aliomar Baleeiro em “Direito Tributário Brasileiro, a transferência de domínio.”.

No mesmo sentido, concluiu-se nesta Suprema Corte que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, por não gerar circulação jurídica, não gera obrigação tributária:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS. II - Recurso protelatório. Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido.” (AI 693.714 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 21 ago. 2009).

Em consequência a esta conclusão, este Supremo Tribunal Federal, a que compete manter a unidade e a autoridade da Constituição Federal, entende ser irrelevante que os estabelecimentos do mesmo contribuinte estejam no mesmo estado federado, ou seja, não configura como fato

ADC 49 / RN

gerador de ICMS o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular em unidades federativas diferentes:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES. 1. A não-incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil havendo, tão-somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos somente para suprir a omissão sem modificação do julgado.” (Re 267.599 AgR-ED, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 30 abr. 2010).

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Alegada ofensa ao art. 97 da CF/88. Inovação recursal. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Inexistência de fato gerador. 1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos. 2. O Supremo Tribunal Federal entende ser insubsistente a tese do chamado prequestionamento implícito. 3. **A Corte tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.”** (ARE 756.636 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 30 mai. 2014).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS.

ADC 49 / RN

TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTO. MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. 1. **O Supremo Tribunal Federal entende que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria.** 2. **Agravo regimental a que se nega provimento.**” (ARE 764196 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 07 jun. 2016).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À SÚMULA VINCULANTE Nº 10. DESPROVIMENTO. 1. **O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, sendo irrelevante, para tanto, que matriz e filial estejam sediadas em Estados distintos da Federação.** Precedentes. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é pacífica no sentido de que não há violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma, nem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, se limita a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. **Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC. Majoração de honorários na forma do artigo 85, § 11, CPC, observados os limites dos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo.**” (ARE 1213482 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 19 fev. 2020).

Dessa forma, interpretando-se segundo a Constituição da República,

ADC 49 / RN

a circulação de mercadorias que gera incidência de ICMS é a jurídica. Entendo, assim, que o mero deslocamento entre estabelecimentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em unidades diferentes, não é fato gerador de ICMS, sendo este o entendimento consolidado nesta Corte, guardiã da Constituição, que o aplica há anos e até os dias atuais.

Ainda que algumas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular possam gerar reflexos tributários, a interpretação de que a circulação meramente física ou econômica de mercadorias gera obrigação tributária é inconstitucional. Ao elaborar os dispositivos aqui discutidos houve, portanto, excesso por parte do legislador.

Ademais, tem-se ainda, que recentemente, o Tribunal Pleno ratificou a sua jurisprudência no ARE n 1.255.885/MS, Rel. Min. **Dias Toffoli** (Presidente), firmando a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1099: “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.”.

É necessário, pois, que os tribunais brasileiros decidam em conformidade ao entendimento desta Suprema Corte, a fim de que reconheçam a força vinculante da Constituição e observem a sistemáticas de precedentes vinculantes em matéria tributária; consectária dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da confiabilidade.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido da presente ação, 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.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 49

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na presente ação, 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, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo requerente, o Dr. Rodrigo Tavares de Abreu Lima, Procurador do Estado do Rio Grande do Norte. Plenário, Sessão Virtual de 9.4.2021 a 16.4.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário